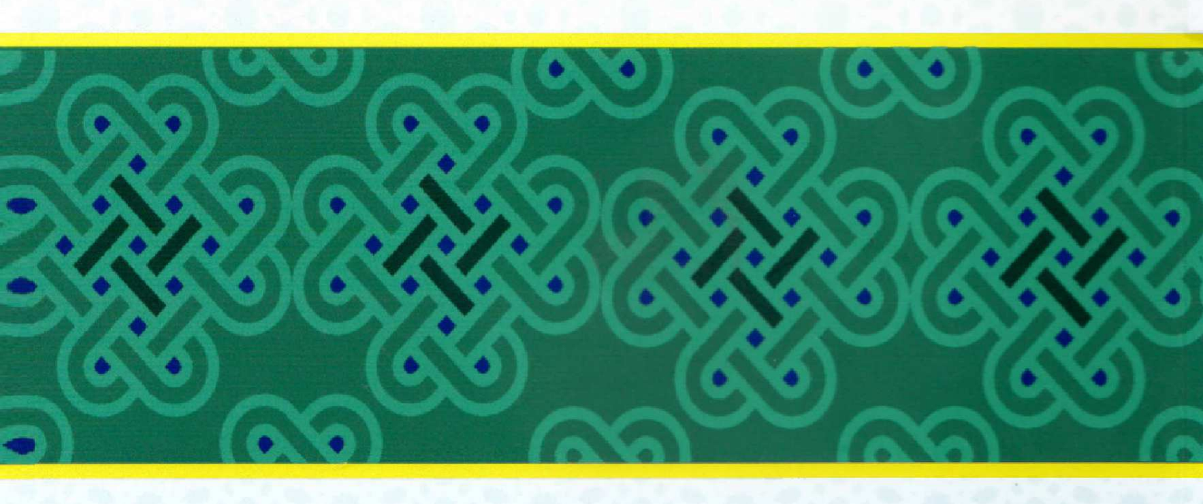


فِقهُ المُشارَكاتِ والتبرُّعاتِ

تأليفُ

أ.د. ماجد محمد أبو رخية
أ.د. محمد محمود الطلافحة
أ.د. شويش هزاع المحاميد
أ.د. أحمد الصويعي شليبك



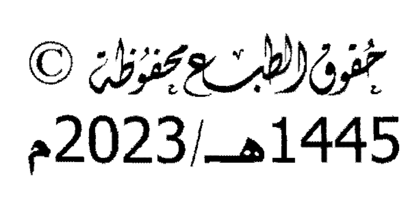


دار النفائس
للنشر والتوزيع - الأردن



رفع
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

فقه المشاركات والتبرعات



الطبعة الثانية

رقم الإيداع لدى دائرة المكتبة الوطنية
2020/9/3871

273.2114
أبو رخية، ماجد
فقه المشاركات والتبرعات/ماجد أبو رخية [وآخرون]. - عمان- دار النفائس للنشر والتوزيع، 2020.
( ) ص.
ر. إ.: 3871 /2020/9
الواصفات: /فقه المشاركات//فقه التبرعات//فقه العقود// الفقه الإسلامي/





العبدلي - مقابل مركز جوهرة القدس
ص.ب 927511 عمان 11190 الأردن
هاتف: 00962 6 5693940
فاكس: 00962 6 5693940
Email: alnafaes@hotmail.com
www.al-nafaes.com

فقه المشاركات والتبرعات

تأليف

أ.د. ماجد محمد أبو رخية
أ.د. محمد محمود الطلافحة
أ.د. شويش هزاع المحاميد
أ.د. أحمد الصويعي شليبك



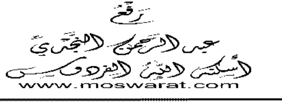
بِسۡمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحۡمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

هذا الكتاب

يعد هذا الكتاب إضافة نوعية في فقه المعاوضات والتبرعات من حيث تكامل المواضيع وتناسقها وطريقة عرضها.

فهذا الكتاب مستوف لخطة المادة الجامعية وجامع بين الأصالة والمعاصرة في موضوعاته وبين الأحكام الفقهية والتطبيق القانوني المعمول به مراع المذاهب السنية الأربعة المتبعة.

ويأمل المؤلفون أن يسد ثغرة في المكتبة الإسلامية وأن يحقق الغايات العلمية لهذه المادة.



المقدمة

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله وبعد:

فإنه لما كان التعليم واحداً من قواعد نهوض الأمة وتقدمها وأن المعرفة عمل تراكمي فقد رأينا التأليف في فقه المشاركات والتبرعات ليكون معينا لطلابنا الأعزاء على فهم مفردات هذه المادة متوخين تقسيما يجمع عناصرها ويؤصل لأحكامها ويكشف عن تكاملها وشمولها وصلاحيتها للتطبيق وقدرتها على استيعاب كل مستحدث لم يتناوله الفقهاء سابقا.

واخترنا المذاهب الأربعة معيناً للمقارنة مع ربطها بالقانون المدني الأردني ومن أي المذاهب أخذ ليكون الطالب قادرا على فهم ما يجري عليه العمل واقعًا.

وكلنا ثقة بأن العلماء الأفاضل سيكون لهم بصمات واضحة في إيصال هذه المادة إلى أفهام الطلبة وسيكون لملاحظاتهم كل عناية وتقدير في الطبعات القادمة إن شاء الله تعالى.

المؤلفون

تمهيد في المشاركات والتوثيقات

الباب الأول: فقه المشاركات

ويتضمن تمهيدا وفصلين على النحو التالي:

التمهيد: في عقد الوكالة

الفصل الأول: الشركات المعروفة في كتب الفقه ويتضمن

التمهيد: التعريف الشركة

المبحث الأول: شركة العنان

المبحث الثاني: شركة المفاوضة

المبحث الثالث: شركة الأعمال

المبحث الرابع: شركة الوجوه

المبحث الخامس: شركة المضاربة

المبحث السادس: شركة المزارعة

المبحث السابع: شركة المساقاة

الفصل الثاني: الشركات المعاصرة ويتضمن

المبحث الأول : شركة المساهمة

المبحث الثاني : شركة المحاصة

الباب الثاني: فقه التبرعات

ويحتوى على تمهيد وفصلين على النحو الآتي

الفصل الأول : عقود التبرعات على الأعيان

تمهيد في خصائص المشاركات

أولاً: تعريف عقود المشاركات وخصائصها:

تعريف عقود المشاركات: هي العقود التي غايتها التشارك والاختلاط بين أموال الشركاء أو أعمالهم، أو جاههم؛ بقصد الاسترباح.[١]

وتتنوع عقود المشاركات لتشمل جميع أنواع الشركات التي نص على أحكامها الفقهاء (شركة العنان والمفاوضة والاعمال والوجوه والمضاربة والمزارعة والمساقاة)[٢]، وأيضاً الشركات المعاصرة (شركات الأموال كشركة المساهمة، وشركات الأشخاص كشركة المحاصة)[٣].

خصائص عقود المشاركات: تتسم عقود المشاركات بعدة خصائص من أهمها[٤]:

أ. أن يكون كل من المتشاركين أهلا للوكالة [٥]: فيصير كل شريك وكيلا عن شريكه في التصرفات؛ ليتحقق الاشتراك في الربح؛ فلو لم يكن كل واحد وكيلا عن غيره في حقه، وأصيلا في حق نفسه، لا يكون الربح المستفاد مشتركا بينهم، لاختصاص من اشتراه بربحه.

ب. عقود المشاركات من العقود الجائزة: فيجوز لكل شريك أن يفسخ عقد الشركة شريطة أن لا يلحق فسخه ضررا بالشريك الآخر.

---

(١) أبو غدة، عبدالستار، أوفوا بالعقود، ص٣٠.

(٢) نتناول الحيث عنها في الفصل الأول من هذا الكتاب.

(٣) نتناول الحديث عنها في الفصل الثاني من هذا الكتاب.

(٤) أبو غدة، عبدالستار، أوفوا بالعقود، ص٣٠ وما بعدها.

(٥) نتناول الحديث عن الوكالة وأحكامها في التمهيد لهذا الفصل.

ت. أن يكون الربح معلوم المقدار، وجزءاً شائعاً لا معيناً: فالجهالة والتعيين مفسدان للشركة.

ث. ربط الخسارة إن وقعت بقدر الحصص في ملكية رأس مال الشركة، أو بقدر الالتزام في الضمان في الشركات التي ليس لها رأس مال.



الباب الأول
فقه المشاركات

ويتضمن تمهيدًا في الوكالة وفصلان هما:

الفصل الأول: الشركات المعروفة في كتب الفقه ويتضمن

التمهيد: التعريف الشركة

المبحث الأول: شركة العنان

المبحث الثاني: شركة المفاوضة

المبحث الثالث: شركة الأعمال

المبحث الرابع: شركة الوجوه

المبحث الخامس: شركة المضاربة

المبحث السادس: شركة المزارعة

المبحث السابع: شركة المساقاة

الفصل الثاني : الشركات المعاصرة

المبحث الأول: الشركة المساهمة

المبحث الثاني: شركة المحاصة




المطلب الأول: تعريف الوكالة

١-**الوكالة لغة**: بفتح الواو وكسرها من التوكيل وهو التفويض.

يقال وكلت إليه الأمر أي فوضته إليه والجمع وكلاء. ووكلته توكيلا فتوكل أي قبل الوكالة.

والوكيل فعيل بمعنى مفعول لأنه موكل إليه، ويكون بمعنى فاعل. إذا كان بمعنى الحافظ ومنه قوله تعالى: ﴿حَسْبُنَا ٱللَّهُ وَنِعْمَ ٱلْوَكِيلُ﴾ [آل عمران: ١٧٣].

وتوكل على الله بمعنى اعتمد عليه ووثق به ومنه ﴿وَعَلَى ٱللَّهِ فَلْيَتَوَكَّلِ ٱلْمُتَوَكِّلُونَ﴾ [إبراهيم: ١٢]. وتواكل القوم إذا اتكل بعضهم على بعض.

ووكله إلى نفسه أي لم يقم بأمره ولم يعنه(١).

٢- **الوكالة اصطلاحًا**:

عرفت الوكالة عند الفقهاء بتعريفات متقاربة في المعاني والمباني وهي في مجموعها لا تبعد عن المعنى اللغوي لها.

وقد عرفها الحنفية(٢) بأنها إقامة الغير مقام نفسه ترفهًا أو عجزًا في تصرف جائز معلوم.

وكلمة "ترفهًا" تعني أن الموكل بالوكالة طلب الراحة.

كما أن كلمة "عجزًا" تعني أن الموكل قد يكون عاجزًا عن القيام بالفعل بنفسه.

---

(١) الفيومي – المصباح المنير مادة وكل.

(٢) طهماز – عبد الحميد – الفقه الحنفي ٢/ ٤٣٠.

وعرفها المالكية[١] بأنها "نيابة في حق بما يدل عرفًا".

وأما الشافعية[٢] فقد عرفوا الوكالة بأنها "تفويض شخص ما له فعله مما يقبل النيابة إلى غيره ليفعله في حياته".

بينما عرفها الحنابلة[٣] بأنها "استنابة جائز التصرف مثله فيما تدخله النيابة"

تعريف القانون:

عرفت الوكالة في المادة "٨٣٣" بأنها:

"عقد يقيم الموكل بمقتضاه شخصًا آخر مقام نفسه في تصرف جائز معلوم"

المطلب الثاني: مشروعية الوكالة

ثبتت مشروعية الوكالة بالكتاب والسنة والإجماع[٤].

من الكتاب قوله تعالى: ﴿فَٱبْعَثُوٓاْ أَحَدَكُم بِوَرِقِكُمْ هَٰذِهِۦٓ إِلَى ٱلْمَدِينَةِ فَلْيَنظُرْ أَيُّهَآ أَزْكَىٰ طَعَامًا فَلْيَأْتِكُم بِرِزْقٍ مِّنْهُ وَلْيَتَلَطَّفْ وَلَا يُشْعِرَنَّ بِكُمْ أَحَدًا﴾ [الكهف: ١٩].

ومن السنة ما ورد عن عروة البارقي قال: (إن رسول الله ﷺ أعطاه دينارًا يشتري به أضحية أو شاة فاشترى شاتين فباع إحداهما بدينار فأتاه بشاة ودينار فدعا له بالبركة في بيعه فكان لو اشترى ترابا لربح فيه) [٥]. وما ورد عن أم سلمة رضي الله عنه أن النبي ﷺ لما بعث إليها وخطبها قالت: ليس أحد من أوليائي شاهد، فقال ﷺ: "ليس أحد من أوليائك شاهد، ولا غائب يكره ذلك"، فقالت لابنها: يا عمرو

---

(١) الدردير الشرح الصغير ٤/ ١٤١، الشيباني – تبيين المسالك ٤/ ٦١.

(٢) الشربيني – مغني المحتاج ٢/ ٢٩٤.

(٣) ابن ضويان – منار السبيل ١/ ٣٩٠، الكرمي – غاية المنتهي ١/ ٦٦٥.

(٤) انظر، الهروي، فتح باب العناية ٤/ ٥١٢، العمراني، البيان ٦/ ٣٩٥.

(٥) البخاري، صحيح البخاري، كتاب المناقب، ح (٣٦٤٢)، الترمذي، سنن الترمذي، كتاب البيوع ح(١٢٥٨).

قم فزوج النبي ﷺ فزوجه[١].

وأما الإجماع على مشروعية الوكالة فقد نقله صاحب البيان[٢] بقوله "وأجمعت الأمة على جواز التوكيل ومشروعيته والناس محتاجون إليه؛ لأن منهم من لا يتمكن من فعل ما يحتاج إليه لقلة معرفة أو لكثرة أعباء أو لرغبة في راحة".

المطلب الثالث: أركان وشروط الوكالة

أركان وشروط الوكالة أربعة: ١- الصيغة. ٢- الموكل. ٣- الوكيل. ٤- الموكل به.

أولاً: الصيغة:

الصيغة "الإيجاب والقبول" هي ركن الوكالة الوحيد عند الحنفية وتكون بالإيجاب من الموكل كقوله للوكيل وكلتك بكذا أو فوضتك بكذا، أو أذنت لك بفعل كذا ونحو ذلك وبالقبول من الوكيل كقوله قبلت أو ما جرى مجراه وبالإيجاب والقبول تتم الوكالة"[٣].

ويرى الشافعية والحنابلة أن القبول يكون بأي لفظ يدل عليه كما أنه يكون بالفعل؛ لأن الذي وكلهم رسول الله ﷺ لم ينقل عنهم سوى الامتثال لأمره عليه الصلاة والسلام، ولأن الوكالة إذن في التصرف فجاز أن يكون القبول بالفعل كالإذن بأكل الطعام[٤].

والصيغة عند الحنفية والمالكية والحنابلة قد تكون مطلقة أو مقيدة وقد تكون معلقة على شرط كأن يقول الموكل للوكيل إن سافرت فأنت وكيلي في بيع السيارة وقد

---

(١) النسائي، سنن النسائي، كتاب النكاح ح(٣٢٥٤).

(٢) العمراني ٦/ ٣٩٥.

(٣) الكاساني – بدائع الصنائع ٦/ ٣٥.

(٤) العمراني – البيان ٦/ ٤٠٦، ابن قدامة – المغني ١/ ١١٠١.

تكون مؤقتة كقول الموكل للوكيل أنت وكيلي في البيع في شهر رمضان. ويستدل لهذا بأن النبي ﷺ لما جهز جيش مؤتة قال الأمير عليكم زيد فإن قتل فجعفر فإن قتل فعبد الله بن رواحة...." حيث علق تصرفهم على شرط فدل على جوازه[١].

وأما الشافعية فإنهم لا يجيزون في المشهور عندهم تعليق الوكالة على شرط في المستقبل لأن الوكالة عقد يملك به التصرف حال الحياة لم يبن على التغليب والسراية فلم يجز تعليقه على شرط كالبيع[٢].

وقد أخذ القانون بما عليه جمهور الفقهاء من حيث جواز أن تكون الوكالة مطلقة أو مقيدة أو معلقة على شرط حيث نصت المادة (٨٣٥) على ما يلي:

" يصح أن يكون التوكيل مطلقاً أو مقيداً أو معلقاً على شرط أو مضافاً إلى وقت مستقبل.".

ثانيًا: الموكل:

الموكل هو صاحب الحق الذي يريد أن يوكل غيره بالقيام به ويشترط فيه باتفاق الفقهاء[٣] أن يكون مالكًا للتصرف في الموكل به ابتداء، لأن التوكيل تفويض الغير بالتصرف وفاقد الشيء لا يعطيه، وحتى يكون الموكل متمتعًا بهذا الوصف لا بد أن يكون عاقلاً بالغاً غير محجور عليه. يقول ابن قدامة "وكل من صح تصرفه في شيء بنفسه، وكان فيما تدخله النيابة صح أن يوكل فيه"[٤].

---

(١) الكاساني بدائع الصنائع ٦/ ٣٥ – ابن قدامة – المغني ١/ ١١٠٣، ابن ضويان منار السبيل ١/ ٣٩٠، الصاوي حاشية الصاوي على الشرح الصغير ٤/ ١٤٢.

(٢) العمراني البيان ٦/ ٤٠٧.

(٣) الهروي – فتح باب العناية ٤/ ٥١٢، ابن رشد بداية المجتهد ٤/ ١٤٨١، الشربيني مغني المحتاج ٢/ ٢٩٤، ابن قدامة – المغني ١/ ١٠٩٩.

(٤) المغني ١/ ١٠٩٩.

يقول العمراني[1] "وأما من لا يملك التصرف في شيء بنفسه فلا يجوز أن يوكل غيره فيه فلا يصح للصبي والمجنون والمحجور عليه لسفه أن يوكل غيره في بيع ماله، لأنه إذا لم يملك ذلك بنفسه، فلأن لا يملك غيره ذلك من جهته أولى..."

وكذلك يشترط في الموكل أن يكون مالكًا حقيقة لما وكل فلو وكل ببيع ما سيملكه مستقبلاً لا يصح[2].

ثالثاً: الوكيل:

هو الشخص المفوض بالحلول محل الموكل في التصرف وشرطه باتفاق الفقهاء[3]:

١-أن يكون قادرًا على التصرف فيما وكل القيام به يقول العمراني[4] "ومن لا يملك التصرف في شي في حق نفسه لنقص فيه لا يصح أن يتوكل فيه لغيره كامرأة لا تتوكل لغيرها في إيجاب النكاح، ولا قبوله، وكالصبي والمجنون في جميع العقود، لأنه إذا لم يملك ذلك في حق نفسه فإنه لا يملك ذلك في حق غيره أولى. وأما المحجور عليه لسفه فلا يصح أن يوكل في البيع والشراء، ويصح أن يوكل في الطلاق والخلع والقصاص اعتبارًا بتصرفه في ذلك في حق نفسه".

لكن الحنفية والحنابلة[5] أجازوا توكيل الصبي المأذون، لأنه لما كان تصرفه بإذن وليه ينفذ في حق نفسه فإنه ينفذ في ملك غيره بتوكيله.

٢-أن يكون تصرفه مقصودًا "بأن يقصد بمباشرة السبب ثبوته حكمه أو الربح حتى لو تصرف فيما وكل به من غير قصد أو بقصد الهزل لا يقع ذلك التصرف للموكّل"[6].

---

(١) البيان ٦/ ٤٠٢.

(٢) الشربيني – مغني المحتاج ٤/ ٢٩٧.

(٣) الهروي – فتح باب العناية ٢/ ٥١٣، البيان ٦/ ٤٠٣، الكرمي – غاية المنتهى ١/ ٦٦٦.

(٤) البيان ٦/ ٤٠٣، وانظر ابن قدامة – المغني ١/ ١٠٩٩.

(٥) الهروي – فتح باب العناية ٢/ ٥١٢، ابن قدامة – المغني ١/ ١٠٩٩.

(٦) الهروي – فتح باب العناية ٢/ ٥١٣ .

٣-أن يعقل التصرف الذي وكل له القيام به بأن يعرف مثلا أن الشراء جالب للمبيع، وسالب للثمن، ويعرف الغبن اليسير والفاحش الكثير[١].

٤-أن يكون معينًا فلو قال الموكل لاثنين وكلت أحدكما في شراء سيارتين فإن الوكالة لا تصح لكنه لو عين لكل واحد منهما سيارة بعينها فإن الوكالة تصح لتعيين الوكيل وتحديده[٢].

رابعًا: الموكل به:

يشترط في الموكل به ما يلي:

١-أن يكون مملوكًا للموكل وقت التوكيل فلو قال الموكل للوكيل وكلتك في بيع ما سأملكه من عقار بعد شهر لا يصح التوكيل، لأن الموكل غير مالك في الحقيقة وبالتالي فإنه لا يملك التصرف في العقار بنفسه وعليه فإنه لا يملك الأذن للغير بالتصرف من باب أولى.

٢-أن يكون الموكل به معلومًا فلو قال الموكل للوكيل وكلتك في كل شيء أو في كل تصرف يجوز لي فإن الوكالة لا تصح لما فيها من غرر وخطر مؤثر على العقد.

٣-أن لا يتضمن الشيء المعين في الوكالة جهالة تعود عليها بالبطلان كقول الموكل للوكيل اشتر لي سيارة نظرًا لتفاوت السيارات نوعًا ووصفًا وثمنًا.

جاء في كتاب فقه المعاملات[٣] "وفي الجملة فقد اتفق الفقهاء على صحة التوكيل في كل ماتجري فيه النيابة سواء كان الشيء الموكل فيه حقا لله عز وجل كحج فرض

---

(١) المرجع السابق ٢/ ٥١٣.

(٢) الشربيني – مغني المحتاج ٤/ ٢٩٧، العمراني البيان ٦/ ٤١٣، ابن قدامة المغني ١/ ١١٠٣.

(٣) مطيره – خير عبد الراضي – فقه المعاملات – دراسة مقارنة من كتاب أضواء البيان للشيخ الشنقيطي، وانظر في هذا الكاساني بدائع الصنائع ٦/ ٣٥، العمراني البيان ٦/ ٣٩٦، ابن قدامة – المغني ١/ ١١٠٠، القليصي – فقه المعاملات صـ٢٣٥٤/ ١٢٠.

وعمرة وكفارة، وإخراج زكاة، وإخراج نذر وما إلى ذلك، أم حقًا للعبد كالعقود والصدقة والصلح والوصية والجعالة والمساقاة والزراعة والقرض والهبة والوقف والإبراء، والإنفاق، والقسمة، والأخذ بالشفعة، وقبض الديون، واقباضها، والإجارة والنكاح والطلاق والرجعة والإعتاق والرهن والحوالة والفسخ بخيار الشرط واستيفاء الحدود.

أما الأشياء التي لا تصح فيها الوكالة باتفاق الفقهاء أيضًا فهي التي لا تدخلها النيابة كالعبادات البدنية المحضة كالصلاة لأن المقصود بها الابتلاء والاختبار بإتعاب النفس، وذلك لا يحصل بالتوكيل وكذا الإيمان بالله – عز وجل – والنذور لأنها تتعلق بعين الحالف فلا تدخلها النيابة...".

ما عليه القانون:

نصت المادة ٨٣٤ على ما يلي:

يشترط لصحة الوكالة ما يلي:

١-أن يكون الموكل مالكًا حق التصرف بنفسه فيما وكل فيه.

٢-أن يكون الوكيل غير ممنوع من التصرف فيما وكل به.

٣-أن يكون محل الوكالة معلومًا وقابلا للنيابة فيه.

المطلب الرابع – أنواع الوكالة

الوكالة نوعان:

١-وكالة عامة كقول الموكل لوكيله وكلتك في كل شيء أو في كل تصرف يجوز لي وهي بهذا العموم لا تجوز باتفاق الفقهاء[1] لما فيها من غرر واضح مبين وخطر عظيم، ولأنها بهذا العموم تشمل هبة مال الموكل وطلاقة وزواجه ووقفه وهذه أفعال لا تصح إلا بعقود خاصة وعليه لو أن الوكيل قال لموكله وكالة عامة طلقت زوجتك منك أو وهبت دينك أو وقفت أرضك فإن مثل هذا التصرف لا يصح وكذا الحال فإن الوكيل لا يملك الإبراء والحط عن المدين لأن التبرع فيهما واضح وهو لا يملكه.

٢-وكالة خاصة وهي تعني توكيل الوكيل بتصرف معين معلوم كشراء أو بيع دار بعينها وفي مثل هذه الحالة يلزم تسمية المراد بيعه أو شراؤه وبيان وصفه وجنسه وثمنه حتى لا تكون جهالة تؤدي إلى نزاعها بين الموكل والوكيل.

وعليه لو قال الموكل للوكيل اشتر لي سيارة فإن هذه الوكالة لا تصح ما لم يبين نوع السيارة وسنة صنعها ومصدر صنعها وثمنها وما يحتاج إليه من مواصفات.

والوكالة من ناحية أخرى قد تكون مقيدة وقد تكون مطلقة. فإن كانت مقيدة فعلى الوكيل الالتزام بما قيد به وإن أي تصرف مخالف لم يكن لصالح الموكل لا ينفذ إلا بإجازته لأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة.

أما إذا كانت مطلقة متعلقة بالبيع والشراء. فإذا الوكيل يملك أن يبيع بما قل أو كثر حاضرًا كان البيع أو مؤجلاً ولو بغير نقد البلد في المشهور عند أبي حنيفة، لأن الإطلاق يبقى على إطلاقه ولا يقيد إلا بدليل، وفي رواية الحسن عنه وما عليه

---

(١) طهماز– الفقه الحنفي ٢/ ٤٣٣، ابن قدامة – المغني ١/ ١١٠٢.

الصاحبان أبو يوسف ومحمد فإن الوكيل لا يملك البيع بغبن فاحش.

وإذا كانت الوكالة بالشراء فإن الوكيل مقيد بالشراء بثمن المثل أو بقيمته وزيادة لا يتغابن الناس في مثلها، لأن الموكل قد لا يتمكن من الشراء بنفسه فيحتاج إلى وكيل والحاجة إلى التوكيل بالشراء بثمن جرى التعارف عليه شراء مثله بمثله فينصرف الأمر بمطلق الشراء إليه[١].

والذي عليه جمهور الفقهاء في المالكية والشافعية والحنابلة[٢]: الوكيل بالبيع والشراء وكالة مطلقة أو مقيدة مقيد بثمن المثل بالشراء والبيع بنقد البلد وكون البيع حاضرًا لا مؤجلا لأن تصرف الوكيل مقيد بما يتعارف عليه الناس، ولأنه توكيل في معاوضة فوجب أن يقتضي المثل.

يقول القاضي عبد الوهاب[٣]: "إذا وكل في البيع وكالة مطلقة لم يجز له أن يبيع إلا بثمن مثله نقدًا بنقد ذلك البلد، فإن باع بما لا يتغابن الناس بمثله أو بتأخير أو بنقد يخالف نقد البلد لم يلزم ذلك الموكل إلا برضاه، وكذلك لو وكله في شراء شيء وكالة مطلقة لم يكن له أن يشتريه إلا بثمن مثله. فدليلنا على أنه لا يجوز بيعه بما لا يتغابن الناس بمثله أنه توكيل في مساومة فلم يجز فيه التغابن المتفاوت كالتوكيل في الشراء، ولأن المحاباة في حكم الهبة بدليل اعتبارها من الثلث حال المريض ومنعها للوارث، وقد ثبت أن الوكيل ليس له هبة الشيء الذي وكل فيه وكذلك لا يملك المحاباة فيه."

---

(١) الكاساني – بدائع الصنائع ٦/ ٤٢٦، الهروي – فتح باب العناية، ٢/ ٥٧١ طهماز– الفقه الحنفي ٢/ ٤٣٣.

(٢) ابن رشد – بداية المجتهد ٤/ ١٤٨٥، القاضي عبد الوهاب – المعونة ٢/ ١٢٣٩، العمراني – البيان ٦/ ٤٢٦، ٤٣٣، – ابن قدامة – المغني ١/ ١١٠٢ ابن ضويان – منار السبيل ١/ ٢٩٣.

(٣) المعونة في الفقه ٢/ ١٢٣٩.

ما عليه القانون:

نصت المادة ٨٣٦ على ما يلي:

تكون الوكالة خاصة إذا اقتصرت على أمر معين أو أمور معينة وعامة إذا اشتملت كل أمر يقبل النيابة.

فإذا كانت خاصة فليس للوكيل إلا مباشرة الأمور المعينة فيها وما يتصل بها من توابع ضرورية تقتضيها طبيعة التصرفات الموكل بها، أو العرف الجاري.

وإذا كانت عامة جاز للوكيل مباشرة المعاوضات والتصرفات عدا التبرعات فلا بد من التصريح بها.

ونصت المادة ٨٣٧ على ما يلي:

"إذا كانت الوكالة بلفظ عام لم يقترن بها بما يوضح المقصود منه فلا تخول الوكيل إلا أعمال الإدارة والحفظ.

ونصت المادة ٨٣٨ على أن "كل عمل ليس من أعمال الإدارة والحفظ يستوجب توكيلا خاصًا محددًا لنوع العمل وما تستلزمه الوكالة فيه من تصرفات".

المطلب الخامس: اختلاف الموكل مع الوكيل

الأصل أن يد الوكيل يد أمان وأنه لا يضمن إلا بتفريط أو تعدِ لكن قد يحصل بينه وبين الموكل خلاف في وجهات النظر حول طبيعة ما تم التوكيل به أو في إدعاء ما قام به من عمل وكل به فهل القول قوله أم قول الموكل؟

إن الناظر في عقد الوكالة يدرك مسائل متعلقة بالخلاف الذي يقع بين الموكل والوكيل منها ما يلي:

أولاً: إن الوكيل إذا وكل بسداد دين فقام بسداده ومن ثم طالب الموكل بدفعه إليه

فإن على الموكل تصديقه فيما يقول إذا لم ينكر صاحب الدين قبضه، فإذا أنكر فإن الحنفية يرون أن القول قول الوكيل في براءة نفسه من الضمان، والقول قول صاحب الدين في أنه لم يقبضه حتى لا يسقط دينه؛ لأن الوكيل أمين فيصدق في دفع الضمان عن نفسه، ولا يصدق على الغريم في إبطال حقه، وتجب اليمين على أحدهما لا عليهما، لأنه لابد للموكل من تصديق أحدهما وتكذيب الآخر، فيحلف المكذب فإن صدق الوكيل في الدفع يحلف صاحب الدين، فإن حلف لم يسقط دينه وإن نكل سقط دينه عن الموكل، وإن صدق صاحب الدين يحلف الوكيل أنه دفع الدين فإن نكل ضمن[١].

والذي عليه المالكية والشافعية أن الوكيل يضمن إذا أنكر صاحب الدين قبضه لأنه لا يصدق في سداد الدين إلا ببينة؛ ولأن الموكل نفسه لو ادعى قضاء الدين لا يصدق لأن الأصل عدم القضاء فكذا الحال بالنسبة للوكيل[٢].

ثانيًا: إذا ادعى الوكيل تلف ما وكل به دون تفريط أو ادعى أنه دفعه لموكله فالقول قوله في التلف والرد ويصدق بيمينه لأن يده يد أمان وهذا عند جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة[٣].

يقول صاحب منار السبيل:

"لأن الأصل براءة ذمته ولا يكلف ببينة، لأنه مما تتعذر إقامة البينة عليه؛ ولئلا يمتنع الناس من الدخول في الأمانات مع الحاجة إليها، لكن إن ادعى التلف بأمر ظاهر كحريق عام ونهب جيش كلف إقامة البينة عليه، ثم يقبل قوله فيه"[٤].

---

(١) الكاساني – بدائع الصنائع ٦/ ٥٢ (بتصرف).

(٢) الشيباني – تبيين المسالك ٤/ ٧٢، الشربيني – مغني المحتاج ٢/ ٣١٩.

(٣) الشيباني – تبيين المسالك ٤/ ٧٤، الشربيني – مغني المحتاج٢/ ٣١٦، ابن ضويان – منار السبيل ٢/ ٣٩٦.

(٤) ابن ضويان ١/ ٣١٦.

٣-إذا خالف الموكل الوكيل في الإذن كان يقول له بع هذه السيارة نقدًا فباعها نسيئه مدعيًا أن إذن البيع كان مطلقًا فالقول قول الموكل مع يمينه فإن لم يحلف فالقول قول الوكيل مع يمينه عند المالكية والشافعية[١] خلافًا للحنابلة فإن القول قول الوكيل كما هو الحال في يد المضارب، لأنه أمين في التصرف فكان القول قوله في صفته[٢].

وإذا لم يحصل خلاف بين الوكيل والموكل في طبيعة الأذن فإن الوكيل يكون قد تصرف خلافًا لما قيدت الوكالة به ويكون البيع موقوفًا على إذن الموكل عند الحنفية[٣] وباطلا عند الإمام مالك والشافعية والحنابلة[٤].

٤-"إذا اشترى الوكيل سلعة وأقر أنه اشتراها من مال الموكل وادعى أنه اشتراها لنفسه لم تقبل دعواه وقضي بها للموكل، لأن الموكل مأذون له بالتصرف وكل من أذن له في التصرف كالوكيل إذا ادعى الشراء لنفسه، لا يمكن من أخذ الشيء المشترى، وإن قال الوكيل اشتريته بمالي لنفسي وكان له مال من غير مال موكله صدق"[٥] هذا ما عليه المالكية.

وأما ما عليه الحنفية فقد جاء في بدائع الصنائع[٦].

"ولو اختلفا فقال الوكيل اشتريته لنفسي وقال الموكل بل اشتريته لي يحكم فيه الثمن فإن أدى الوكيل الثمن من دراهم نفسه فالمشترى له وأن أداه من دراهم موكله فالمشتري لموكله لأن الظاهر نقد الثمن من مال من يشترى له فكان الظاهر شاهدًا

---

(١) الشيباني – تبيين المسالك ٤/ ٧٢، الشربيني – مغني المحتاج ٢/ ٣١٦.

(٢) ابن ضويان – منار السبيل ١/ ٣١٦.

(٣) الكاساني – بدائع الصنائع ٦/ ٤١.

(٤) العمراني – البيان ٦/ ٤٣١ – ابن ضويان – منار السبيل ١/ ٣٩٣.

(٥) الشيباني – تبيين المسالك ٤/ ٧٠.

(٦) الكاساني ٦/ ٤٧.

للثمن فكان صادقًا في حكمه.

ما عليه القانون:

نصت المادة ٨٤٩ على ما يلي:

لا يجوز لمن وكل بشراء شيء معين أن يشتريه لنفسه ويكون الشراء للموكل ولو صرح بأنه يشتريه لنفسه.

ونصت المادة ٨٥٠ على ما يلي:

يكون الشراء للوكيل:

١-إذا عين الموكل الثمن واشترى الوكيل بما يزيد عليه.

٢-إذا اشترى الوكيل بغبن فأحسن.

٣-إذا صرح بشراء المال لنفسه في حضور الموكل.

يلاحظ في المادة ٨٤٩ أن القانون حكم بأن شراء الشيء المعين الموكل بشرائه يكون للموكل وليس للوكيل دون أن يفرق بين كون الشراء من مال الوكيل الخاص أم من مال الموكل. لكنه عاد واستثنى في المادة ٨٥٠ حيث نص على أن ما اشتراه الوكيل يكون لنفسه إذا صرح بذلك في حضور الموكل ويظهر أن القانون في كل هذه الحالة قد اعتبر سكوت الموكل إقرارًا للوكيل بمثل هذا الشراء.

المطلب السادس: انتهاء عقد الوكالة[1]

عقد الوكالة من العقود الجائزة غير اللازمة وهي من العقود القابلة للفسخ من قبل طرفي العقد. وتنتهي صلاحيتها إذا ما توافر سبب من الأسباب التالية:

١- عزل الموكل الوكيل أو نهيه عن القيام بما وكل به ويشترط لصحة عزل الوكيل عند الحنفية شرطان:

أ-إعلام الوكيل به حتى يكون على بينة من أمره فلا يعمد إلى التصرف بموجب الوكالة بعد علمه بالعزل وإلا كان تصرفه باطلاً.

ب-أن لا يتعلق بالوكالة حق للغير فإن تعلق بها حق للغير فإن عزل الوكيل لا يصح بغير رضا صاحب الحق لأن في العزل إبطالا لحقه بغير رضاه ومثال ذلك قيام رجل برهن ماله عند رجل بدين له عليه ومن ثم توكيله ببيعه وقبض ثمنه عند حلول الأجل فإن عزله بعد ذلك لا يصح لتعلق حق الغير به.

٢-موت الموكل:

تنتهي الوكالة بموت الموكل لأنها تمت بأمره وقد بطلت أهليته بالموت وقد ذكر ابن المنذر إجماع الفقهاء على فسخ الوكالة بموت الموكل.

٣-جنون الموكل:

إذا جن الموكل جنونًا مطبقًا فإن الوكالة تنتهي، لأن الجنون عارض من عوارض الأهلية وبه أصبح الموكل فاقد القدرة على التصرف.

---

(١) ينظر في هذا المطلب – الكاساني – بدائع الصنائع ٦/ ٥٦، الهروي – فتح باب العناية ٢/ ٥٢٤ الشيباني، تبيين المسالك ٤/ ٧٤، ابن رشد – بداية المجتهد ٤/ ١٤٨٤، الشربيني – مغني المحتاج ٢/ ٣١٥، العمراني – البيان ٦/ ٤٥٥، ابن قدامة – المغني ١/ ١١١٤، ابن ضويان – منار السبيل ١/ ٣٩٢.

٤-موت الوكيل أو جنونه:

موت الوكيل مبطل لأهلية التصرف فتبطل الوكالة لأنها غالبا ما تكون مرتبطة بأسباب متصلة بشخص الوكيل من حيث الثقة والأمانة والمعرفة وهذه تنتهي بالموت.

إذا تصرف الموكل فيما وكل به تصرفًا أخرجه عن ملكه بحيث يصبح الوكيل عاجزًا عن القيام بمهمته كأن يوكل رجل رجلاً آخر ببيع سيارة له ثم يعمد إلى بيعها ففي مثل هذه الحالة تكون السيارة قد خرجت عن ملك صاحبها وانتقلت ملكيتها للمشتري ولا بقاء للوكالة بعد فوات محلها.

ما عليه القانون:

نصت المادة ٨٦٢ من القانون على أن الوكالة تنتهي في الأحوال التالية:

١-بإتمام العمل الموكل به.

٢-بانتهاء الأجل المحدد لها.

٣-بوفاة الموكل أو بخروجه عن الأهلية وأن تعلق بالوكالة حق للغير إلا في الوكالة ببيع الرهن إذا كان الراهن قد وكل العدل أو المرتهن ببيع الرهن عند حلول الأجل.

٤-بوفاة الوكيل أو بخروجه عن الأهلية ولو تعلق بالوكالة حق الغير، غير أن الوارث أو الوصي إذا علم بالوكالة وتوافرت فيه الأهلية فعليه أن يخطر الموكل بالوفاة، وأن يتخذ من التدابير ما تقتضيه الحال لمصلحة الموكل.

الفصل الأول

الشركات المعروفة في كتب الفقه

التمهيد: التعريف الشركة

المبحث الأول: شركة العنان

المبحث الثاني: شركة المفاوضة

المبحث الثالث: شركة الأعمال

المبحث الرابع: شركة الوجوه

المبحث الخامس: شركة المضاربة

المبحث السادس: شركة المزارعة

المبحث السابع: شركة المساقاة

التمهيد

التعريف الشركة

المطلب الأول: تعريف الشركة في اللغة والاصطلاح

أولاً: تعريف الشركة في اللغة:

الشركة في اللغة مصدر من شرك يشرك شركاً وشركة، وشركت بينهما في المال، وأشركته جعلته شريكاً. وجمع الشريك شركاء وأشراك[١].

والشركة بفتح الشين وكسر الراء، وبكسر الشين وإسكان الراء[٢]، لغة تطلق على عدة معان منها: الاختلاط، وخلط الملكين، ومخالطة الشريكين واشتراكهما في شيء واحد، يقال: اشتركنا بمعنى تشاركنا، وقد اشترك الرجلان وتشاركا وشارك أحدهما الآخر. وشاركت فلاناً: صرت شريكه[٣]. قال تعالى: ﴿وَأَشْرِكْهُ فِيٓ أَمْرِي ۝٣٢﴾ [طه: ٣٢]، وقوله: ﴿أَمْ لَهُمْ شِرْكٌ فِي ٱلسَّمَٰوَٰتِ﴾ [فاطر: ٤٠]، وقوله: ﴿فِيهِ شُرَكَآءُ مُتَشَٰكِسُونَ﴾ [الزمر: ٢٩]، وقوله ﷺ:" الناس شركاء في ثلاثة: الماء والكلأ والنار"[٤]، وحديث معاذ رضي الله عنه أنه أجاز بين أهل اليمن الشرك. أي الاختلاط في الأرض، وهو أن يدفعها إلى آخر بالنصف، أو الثلث، أو نحو ذلك[٥].

وقد ذكر للشركة معنى آخر غير الاختلاط، وهو إطلاقها على عقد الشركة نفسه،

---

(١) الفيومي، المصباح المنير ١/ ٤٢٣، الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ص ١٢٢٠.

(٢) ذكر ابن حجر رحمه الله تعالى فيها أربع لغات: فتح الشين وكسر الراء، وكسر الشين وسكون الراء، وقد تحذف الهاء، وقد يفتح أوله مع ذلك. انظر: فتح الباري ٥/ ١٢٩.

(٣) ابن منظور، لسان العرب ١٠/ ٤٤٨، ابن فارس، معجم مقاييس اللغة ٣/ ٢٦٥.

(٤) أبو داود، سنن أبي داود، كتاب الإجارة، باب في منع الماء، ح(٣٤٧٧)، ابن ماجه، سنن ابن ماجه، كتاب الرهون، باب "المسلمون شركاء في ثلاث"، ح(٢٤٧٢).

(٥) ابن منظور، لسان العرب ١٠/ ٤٤٨.

لأنه سبب الخلط، فإذا قيل: شركة العقد، فهي إضافية بيانية، أو إطلاق مجازي علاقته المسببة وهي أقوى الإضافات[١].

ثانياً: تعريف الشركة في الاصطلاح:

الشركة في الفقه الإسلامي عدة أنواع، لكل نوع تعريف خاص به، وقد ورد تعريف الشركة بوجه عام، ليشمل جميع أنواع الشركات. ومن تعريفات الفقهاء للشركة بالمعنى العام ما يلي:

١- عرف الحنفية الشركة بأنها: اختصاص اثنين فأكثر بمحل واحد[٢].

الملاحظ من هذا التعريف أنه يشمل جميع أقسام الشركة، ومعناه دائر حول الاختصاص بين اثنين أو أكثر بمحل واحد، سواء أكان عيناً، أو ديناً، أو عملاً، أو مالاً، أو جاهاً[٣].

٢- وعرفها المالكية بأنها: ما يحدث بالاختيار بين اثنين فصاعداً من الاختلاط لتحصيل الربح، وقد يحصل بغير قصد كالإرث[٤].

وهذا التعريف يفيد شموله لكل أنواع الشركة، وذلك أن ما يحدث بالاختيار بين اثنين فصاعدا من الاختلاط لتحصيل الربح، يدخل فيه شركة العقد بكافة أنواعها، وما يحصل بغير قصد كالإرث، يدخل فيه شركة الملك بجميع صورها المختلفة[٥].

٣- وعرفها الشافعية بأنها: ثبوت الحق شائعاً في شيء واحد، أو عقد يقتضي

---

(١) الزيلعي، تبيين الحقائق ٣/ ٣١٢، الجرجاني، التعريفات، ص ١٦٥.

(٢) علاء الدين، الدر المنتقى ١/ ٧٢٢.

(٣) الخياط، الشركات في الشريعة والإسلامية والقانون الوضعي ١/ ٣٣

(٤) الحطاب، مواهب الجليل ٥/ ١١٧.

(٥) خليل، الشركات في الفقه الإسلامي، ص ١٦.

ذلك[١].

وهذا التعريف بحسب الظاهر يفيد العموم بشموله لجميع أنواع الشركة، ذلك أن عبارة (ثبوت الحق شائعاً في شيء واحد)، تشمل أنواع شركة الملك المتمثلة في عدة أمور مثل: الوصية، والهبة، والإرث، والغنيمة، كما أن عبارة (أو عقد يقتضي ذلك)، تتضمن شركة العقد التي تتمثل أقسامها في العنان، والمفاوضة، والوجوه، والأبدان، والأموال، والمضاربة، من غير نظر إلى ما يجوز منها، وما لا يجوز عنهم، وبذلك يكون التعريف شاملاً لجميع أنواع الشركة من ملك وعقد[٢].

٤- وعرفها الحنابلة بأنها: الاجتماع في استحقاق أو تصرف[٣].

وهذا التعريف شامل لجميع أنواع الشركات من إباحة، وملك، وعقد، ذلك أن الاجتماع في الاستحقاق يتضمن استحقاق العين بالإباحة، والهبة، والإرث، والشراء، والغنيمة، والوصية ونحو ذلك، ولا فرق بين أن يملك الشركاء العين أو المنفعة، أو العين دون المنفعة، أو المنفعة دون العين[٤].

وكذلك فإن الاجتماع في التصرف يتضمن جميع شركات العقد، سواء أكانت شركات أموال، أو وجوه، أو أموال وأعمال كما في شركة المضاربة.

وعرف القانون المدني الأردني الشركة في المادة (٥٨٢) بأنها: (عقد يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر، بأن يسهم كل منهم في مشروع مالي، بتقديم حصة من مال، أو من عمل، لاستثمار ذلك المشروع، واقتسام ما قد ينشأ عنه من ربح أو خسارة).

يتضح من تعريف الشركة أنها عقد، والعقد هو اتفاق إرادتين أو أكثر لإحداث

---

(١) الرملي، نهاية المحتاج ٥/ ٢، الشربيني، الإقناع ٣/ ١٠٤.

(٢) خليل، الشركات في الفقه الإسلامي، ص ١٦.

(٣) ابن قدامة، المغني ٥/ ٣، البهوتي، كشاف القناع ٣/ ٤٩٦.

(٤) الخياط، الشركات ١/ ٣٣.

أثر قانوني، سواء أكان هذا الأثر إنشاء التزام أم نقله أم تعديله أم إنهاءه.

المطلب الثاني: أدلة مشروعية الشركة

يستدل على مشروعية الشركة بالكتاب، والسنة، والإجماع

أولاً: الكتاب: لقد وردت في القرآن الكريم آيات كثيرة تدل على مشروعية الشركة، منها:

١- قوله تعالى: ﴿ضَرَبَ لَكُم مَّثَلًا مِّنْ أَنفُسِكُمْ هَل لَّكُم مِّن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُم مِّن شُرَكَاءَ فِي مَا رَزَقْنَاكُمْ فَأَنتُمْ فِيهِ سَوَاءٌ تَخَافُونَهُمْ كَخِيفَتِكُمْ أَنفُسَكُمْ كَذَٰلِكَ نُفَصِّلُ الْآيَاتِ لِقَوْمٍ يَعْقِلُونَ ﴿٢٨﴾﴾ [الروم: ٢٨].

وجه الدلالة: أن الآية تضمنت مثلاً ضربه الله تعالى للمشركين العابدين معه غيره، الجاعلين له شركاء، فسألهم سبحانه هل يرضى أحدكم أن يكون عبده شريكاً له في ماله، فهو وهو فيه على السواء[١].

٢- قوله تعالى: ﴿فَإِن كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكْتُم مِّن بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَإِن كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوِ امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ فَإِن كَانُوا أَكْثَرَ مِن ذَٰلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ﴾ [النساء: ١٢].

وجه الدلالة: أن هذا النص يبين ميراث الكلالة، وهو من لا ولد ولا والد، وله أخ أو أخت من الأم، فيعطى لكل واحد منهما السدس، فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث. وهو ما يفيد الشركة بين أولاد الأم في الثلث، والتساوي في استحقاقهم فيه[٢].

---

(١) ابن كثير، تفسير ابن كثير ٤/ ٤٤١، ابن القيم، التفسير القيم، ص٤٠٥.

(٢) ابن كثير، تفسير ابن كثير ١/ ٤٦٨-٤٦٩.

٣- قوله تعالى: ﴿وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنَ الْخُلَطَاءِ لَيَبْغِي بَعْضُهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ إِلَّا الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وَقَلِيلٌ مَّا هُمْ﴾ [ص: ٢٤] فالخلطاء يراد بهم الشركاء، وذلك يشير إلى وجود الشركة ووقوعها بين الناس منذ أزمان قديمة. وهذا النص وإن كان إخبارا عن شريعة داود عليه السلام، إلا أن من ذهب من الفقهاء بأن شرع من قبلنا شرع لنا ما لم يرد ما ينسخه، يرون الاستشهاد به في معرض مشروعية الشركة حيث لم يرد في شرعنا ناسخ لها[١].

٤- قوله تعالى:﴿ ۞ وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَيْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ﴾ [الأنفال: ٤١].

وجه الدلالة: أن الله عز وجل جعل الخمس مشتركاً بين أهل الخمس، وجعل أربعة أخماس الغنيمة مشتركاً بين الغانمين[٢].

ثانياً: السنة: وردت أحاديث كثيرة تدل على مشروعية الشركة نذكر منها:

١- عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ:" إن الله تعالى يقول:" أنا ثالث الشريكين، ما لم يخن أحدهما صاحبه، فإن خان خرجت من بينهما"[٣].

وجه الدلالة: أن الحديث يفيد جواز الشركة، وأن الله تعالى يمنح الشريكين الحفظ والإعانة والرعاية والإمداد بمعونتهما في مالهما، وإنزال البركة في تجارتهما، ما لم يخن أحدهما صاحبه، فإذا حصلت الخيانة نزعت البركة من مالهما، كما أن هذا الحديث يحث على التشارك مع عدم الخيانة، ويحذر منها في حالة المشاركة[٤].

٢- عن السائب رضي الله عنه أنه قال للنبي ﷺ: كنت شريكي في الجاهلية،

---

(١) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن ١٥/ ١٧٨، الخطابي، التمهيد في أصول الفقه ٢/ ٤١١.

(٢) المطيعي، تكملة المجموع ١٣/ ٥٠٥.

(٣) أبو داود، سنن أبي داود، كتاب البيوع، باب في الشركة، ح(٣٣٨٣).

(٤) الصنعاني، سبل السلام ٣/ ٧٤، الشوكاني، نيل الأوطار ٥/ ٢٦٤.

فكنت خير شريك، لا تداريني، ولا تماريني[١].

وجه الدلالة: أن هذا الحديث يفيد جواز الشركة، وأنها كانت معروفة يتعامل بها الناس قبل الإسلام، ثم قررها الشرع على ما كانت[٢].

ثالثاً: الإجماع: فقد أجمع الفقهاء على جواز الشركة في الجملة، وإن كانوا قد اختلفوا في حكم بعض أنواعها، كما جاء في أقوال الفقهاء ما يفيد انعقاد الإجماع على تعامل الناس بالشركة من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا من غير نكير، وأن المسلمين أجمعوا على جواز الشركة واعتمادها نوعاً من ضروب المعاملات التي تجري بينهم[٣].

المطلب الثالث
أركان الشركة وشروطها

أركان الشركة هي الأركان العامة لكل عقد، وإن اختلف مضمونها تبعاً لمعيار طبيعة الشركة وخصائصها، وقد اختلف الفقهاء في تحديد هذه الأركان.

فذهب الحنفية إلى أن للشركة ركناً واحداً فقط هو الصيغة (الإيجاب والقبول)، لأن ما يتحقق به العقد هو الإيجاب والقبول، وأما غيره من العاقدين والمال فهو خارج عن ماهية العقد، وعلى ذلك اعتبروا ما عدا الصيغة شروطاً لصحة الشركة وليست أركاناً له، لأنها لا تدخل في تكوين الشركة، ولا يتحقق العقد بها[٤]، بينما ذهب الجمهور المالكية، والشافعية، والحنابلة[٥] إلى أن للشركة أربعة أركان هي: العاقدان، والصيغة،

---

(١) ابن ماجه، سنن ابن ماجه، باب الشركة والمضاربة، ح(٢٢٨٧).وقال الألباني :صحيح.

(٢) الصنعاني، سبل السلام ٣/ ٧٥.

(٣) السرخسي، المبسوط ١١/ ١٥١، الحطاب، مواهب الجليل ٥/ ١١٨، الرملي، نهاية المحتاج ٢/ ٢٣٧، ابن قدامة، المغني ٥/ ٣، ابن المنذر، الإجماع، ص ١٠٨.

(٤) ابن الهمام، شرح الفتح القدير٦/ ١٤٥.

(٥) الصاوي، بلغة السالك٢/ ١٥٣، البهوتي، الروض المربع٢/ ٥١٠، النووي، روضة الطالبين ٣/ ٥١٠.

والمحل (المال والعمل). ويرى بعض فقهاء الشافعية[١] أن للشركة خمسة أركان هي: العاقدان، والصيغة، والمال، والعمل، فجعلوا العمل ركناً مستقلاً.

وما ذهب إليه الجمهور من التوسع في الأركان، وعدها أربعة هو الراجح، لأنه مادام وجود العقد متوقفاً عليها فلابد من اعتبارها جميعاً.

ولكل ركن من هذه الأركان شروط يجب توفرها، وقد تم بحث أغلب هذه الشروط خصوصاً فيما يتعلق بالصيغة والعاقدين في كتابنا الأول[٢]، أما بقية الأركان وما يتعلق بها من شروط فسيتم بحثها عند دراسة كل عقد على حدة.

المطلب الرابع
تقسيمات الشركة في الفقه الإسلامي

اختلفت المذاهب الفقهية في التقسيمات العامة للشركة، وسبب الاختلاف يعود إلى: اختلافهم في مشروعية بعض الشركات كشركة الوجوه، واختلافهم في مفردات الشركة، وذلك مثل شركة الجبر، وسأتناول من خلال هذا المطلب تقسيمات الشركة في لكل مذهب.

أولاً: أقسام الشركة في المذهب الحنفي: قسم الحنفية الشركات إلى قسمين، هما:

١- شركة الملك: هي أن يشترك أكثر من شخص، اثنين أو أكثر بسبب من أسباب التملك، كالهبة والوصية والإرث. أي أن العين يرثها رجلان، أو يشتريانها، فلا يجوز لأحدهما أن يتصرف في نصيب الآخر إلا بإذنه، وكل واحد منهما في نصيب صاحبه كالأجنبي[٣].

---

(١) الرملي، نهاية المحتاج ٥/ ٥.

(٢) شلبيك وأبورخية والمحاميد، مباحث في فقه المعاملات ص ١٩، ٤٠.

(٣) المرغيناني، الهداية١/ ١٢٦، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين ٤/ ٢٩٩.

٢- شركة العقد: هي أن يعقد اثنان فأكثر عقدًا على الاشتراك في المال وما نتج عنه من ربح[١].

وهي أربعة أوجه[٢]:

أ- مفاوضة: وهي شركة متساويين مالاً وتصرفاً وديناً.

ب- عنان: وهي شركة في كل تجارة، أو نوع، ولا تتضمن الكفالة، وتصح ببعض ماله، ومع فضل مال أحدهما، وتساوي ماليهما لا الربح.

ج- الصنائع والتقبل: وهي أن يشترك صانعان كخياطين أو خياط وصباغ، ويتقبلا العمل والأجر بينهما، صحت وإن شرطا العمل نصفين والمال أثلاثًا.

د- الوجوه: وهي أن يشتركا بلا مال ليشتريا بوجهيهما ويبيعا.

ثانياً: أقسام الشركات في المذهب المالكي: قسم المالكية الشركة إلى ثلاثة أنواع[٣]:

١- شركة الأموال: وتنقسم إلى نوعين:

أ- شركة عنان: هي أن يجعل كل واحد من الشريكين مالاً ثم يخلطاه، أو يجعلاه في صندوق واحد وَيَتَجِرا به معًا، ولا يستبد أحدهما بالتصرف دون الآخر.

ب- شركة المفاوضة: هي أن يفوض كل واحد منهما التصرف للآخر في حضوره وغيبته، ويلزمه كل ما يعمله شريكه.

٢- شركة الأبدان: وهي في الصنائع والأعمال.

٣- شركة الوجوه: وهي أن يشتركا على غير مال ولا عمل، وهي الشركة على الذمم

---

(١) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين ٤/ ٢٩٩.

(٢) المصدر السابق.

(٣) الدسوقي، حاشية الدسوقي ٣/ ٣٤٨، ابن جزي، القوانين الفقهية ١/ ١٨٧.

بحيث إذا اشتريا شيئًا كان في ذمتهما، وإذا باعاه اقتسما ربحه.

ثالثاً: أقسام الشركات في المذهب الشافعي:

الشركة عند الشافعية إما أن تكون عن غير عقد واختيار، كالشركة في المواريث والمغانم والأوقاف، أو تكون عن عقد واختيار فتنقسم إلى[1]:

١- شركة العنان: وهي أن يخرج كل واحد منها مالاً مثل صاحبه ويخلطاه، فلا يتميز، ويأذن كل واحد منهما لصاحبه أن يتجر بالمال فيما رأى من صنوف الأمتعة، على أن يكون الربح بينهما على قدر المالين، والخسران كذلك، فهذه أصح الشركات.

٢- شركة العروض: هي أن يخرج هذا متاعه فيقومه، ويخرج هذا متاعه فيقومه، ثم يشتركان بالقيمتين ليكون المتاعان بينهما، إن ربحا فيه كان بينهما، وإن خسرا فيه كان الخسران عليهما، فهذه شركة باطلة، سواء كان العرضان من جنس واحد أو من جنسين، وذلك لأمرين:

أ- قد يزيد قيمة العرض الواحد، فيأخذ الشريك من ربحه قسطًا وينقص فيلتزم من خسرانه قسطًا ولم يملك منه شيئًا.

ب- أنهما إن أرادا رد مثل العرض عند فصل الشركة، فقد يجوز أن تزيد قيمته زيادة تستوعب الربح كله، وان أرادا رد القيمة فهي غير ما اشتركا فيه.

٣- شركة المفاوضة: هي أن يشتركا في الناض[2] من أموالهما كله دون العرض، ليرد كل واحد منهما على صاحبه نصف كسبه من المال وغيره، فهذه شركة باطلة، لأنه لا

(١) الماوردي، الحاوي الكبير ٨/ ١٥٧.

(٢)النض: الإظهار، ونض المال أي صار عيناً بعدما كان متاعاً. انظر: الفيروز آبادي، القاموس المحيط ١/ ٨٤٥، الأزهري، تهذيب اللغة ١١/ ٣٢١.

غرر أعظم من المفاوضة فيما يدخل كسبًا أو يخرج غرمًا، لأنها شركة لا تصح مع تفاضل المال، فوجب أن لا تصح مع تساويه.

٤- شركة المفاضلة: وهو أن يتفاضلا في المال ويتساويا في الربح، أو يتساويا في المال ويتفاضلا في الربح، فهذه شركة باطلة، لأن التفاضل في المال يمنع من التساوي في الربح، لأن الشركة قد تفضي إلى الربح تارة، وإلى الخسران تارة أخرى، فلما كان الخسران يقسط على المال ولا يتغير بالشرط وجب أن يكون الربح مثله يتقسط على المال ولا يتغير بالشرط.

٥- شركة الجاه: وتسمى شركة الوجوه، فهي أن يكون الرجل ذا جاه، فيقول للرجل: اشتر على جاهي متاعاً والربح بيننا، أو يكون الشريكان ذوي جاه، فيقولان: نشترك، فيقولان على جاهنا ونشتري متاعاً والربح بيننا، فهذه شركة الجاه وتسمى شركة الوجوه، ومنهم من جعل شركة الجاه من النوع الأول، إذا كان الجاه لأحدهما، وشركة الوجوه إذا كان الجاه لهما، وهذا خلاف في العبارة والحكم فيها سواء، وهي شركة باطلة، لأنها شركة في غير مال.

٦- شركة الأبدان: وهو أن يشترك صانعان ليعملا بأبدانهما ويشتركا في كسبهما، فهذه شركة باطلة، لما فيها من الغرر وجهالة العمل، لأنه قد يعمل أحدهما ولا يعمل الآخر، وقد يعمل أحدهما أقل من الآخر.

رابعاً: أقسام الشركة في المذهب الحنبلي[1]:

١- شركة أملاك: وهي اجتماع في استحقاق كثبوت الملك في عقار أو منفعة لاثنين فأكثر.

---

(١) ابن قدامة، المغني ٥/ ٣، المرداوي، الإنصاف ٥/ ٤٠٧، ابن تيمية الجد، المحرر ١/ ٥٣٥.

٢- شركة عقود: وهي اجتماع في تصرف من بيع ونحوه. وشركة العقود أربعة أنواع:

أ- شركة الأبدان: بأن يشتركا فيما يتقبلان من الأعمال في ذممهما، فأيهما يقبل شيئًا كان من ضمانهما، ولزمهما عمله.

ب- شركة العنان: بأن يشتركا في التجارة بماليهما، وان اختلف المال جنسًا وقدرًا، ومتى تلف مال أحدهما قبل الخلط، كان من ضمانهما .فان شرط أن يعمل أحدهما بالمالين فلا شركة، حتى يشترطا له ربحًا فوق ربح ماله.

ج- شركة الوجوه: بأن يشتركا بغير مال في ربح ما يشتريان في ذممهما بجاههما، وسواء عيَّنا المشترى بنوع أو وقت أو أطلقا، ويقع ملك المشترى بينهما حسبما شرطاه.

د- شركة المضاربة: أن يدفع الرجل ماله إلى آخر يتجر فيه بجزء من ربحه، ويكون الربح بحسب ما اتفقا والخسارة على رب المال.

خامساً: قسم القانون المدني الأردني الشركات إلى ثلاثة أقسام، هي:

١- شركة الأعمال: وعرفتها المادة (٦١١) بأنها: (عقد يتفق بمقتضاه شخصان أو أكثر، على التزام العمل وضمانه للغير، لقاء أجر سواء أكانوا متساويين، أم متفاضلين).

٢- شركة الوجوه: وعرفتها المادة (٦١٩) بأنها: (عقد يتفق بمقتضاه شخصان أو أكثر على شراء مال نسيئة، بما لهم من اعتبار، ثم بيعه، على أن يكونوا شركاء في الربح).

٣- شركة المضاربة: وعرفتها المادة (٦٢١) بأنها: (عقد يتفق بمقتضاه رب المال على تقديم رأس المال، والمضارب بالسعي والعمل ابتغاء الربح).

المطلب الخامس: انتهاء الشركة

تتعدد أسباب انتهاء الشركة، وانقضاء وجودها بعد تحققها، ويمكن حصر هذه الأسباب في الأمور التالية:

أولاً: الموت: إذا مات أحد الشريكين انقضت الشركة، لبطلان الملك وأهلية التصرف بالموت، وذلك لأن الشركة مبنية على الوكالة، والوكالة تبطل بالموت، والوكالة الضمنية جزء من ماهية الشركة، لا تنفك عنها ابتداء ولا بقاء، وعلى هذا إذا مات أحد الشركاء، لم يكن للباقي منهما أن يتصرف في المال الباقي، ولا في السلع الموجودة إلا برضاء ورثة الشريك الميت، لأن الشركة حين مات انقطعت بينهما، وصار نصيب الميت لورثته[1].

وأجاز القانون المدني الأردني استمرار الشركة بين الشريك والورثة، إذا تم الاتفاق بينهم. فقد جاء في المادة (١/٦٠٣) على أنه: (يجوز الاتفاق على أنه إذا مات أحد الشركاء استمرت الشركة مع ورثته، ولو كانوا قُصَّراً، وفي هذه الحالة يحل الورثة محل مورثهم بعد موافقتهم، أو موافقة ولي فاقد الأهلية منهم أو وصيه، وموافقة باقي الشركاء).

وإذا كان الشركاء ثلاثة فأكثر، فمات أحدهم، انفسخت الشركة في حق الميت، وتبقى مستمرة بين صاحبيه[2]، لأن التوكيل بينهما ما زال مستمراً أيضاً، وهذا بخلاف ما إذا كان الشركاء اثنين فمات أحدهما، أو ثلاثة فمات اثنان، أو أكثر فماتوا جميعاً، أو لم يبق منهم إلا واحد، فإن الشركة تنقضي بالكلية.

وأجاز القانون المدني الأردني استمرار الشركة بين الشركاء إذا مات أحدهم، إذا

---

(١) الكاساني، بدائع الصنائع ٦/ ٧٨، مالك، المدونة ٥/ ٨٤، الرملي، نهاية المحتاج ٥/ ١١، ابن قدامة، المغني ٥/ ٢٤.

(٢) ابن نجيم، البحر الرائق ٥/ ٣٠٨، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين ٦/ ٥٠٤.

تم الاتفاق بينهم. فقد جاء في المادة (٢/٣٠٦) على أنه: (ويجوز أيضاً الاتفاق على استمرار الشركة بين باقي الشركاء إذا مات أحدهم أو حجر عليه أو أفلس أو انسحب، وفي هذه الحالات لا يكون لهذا الشريك أو ورثته إلا نصيبه في أموال الشركة...).

واختلف الفقهاء في توقف فسخ الشركة بموت أحد طرفيها على علم الطرف الآخر بالموت أم لا، على قولين:

القول الأول: ذهب الحنفية، والحنابلة في رواية[١] إلى أنه لا يشترط في انفساخ الشركة بموت أحد طرفيها علم الطرف الآخر، وإنما يكون بمجرد حصول الموت، لأن كلاً من الشريكين وكيل عن صاحبه، وموت الموكل يكون عزلاً للوكيل علم به أو لم يعلم، لأن العزل هنا حكمي غير مقصود لا يمكن تقديمه وتأخيره، إذ بمجرد الموت ينتقل شرعاً ملك مال الميت إلى ورثته، فلا يشترط له حصول العلم[٢].

القول الثاني: ذهب المالكية، والحنابلة في رواية[٣] إلى اشتراط علم الطرف الآخر في انفساخ الشركة، رفعاً للضرر عنه.

والراجح أنه إذا مات أحد الشريكين فإن الشركة لا تنفسخ إلا بعلم الطرف الآخر، فإذا علم بموت الشريك ثم تصرف في المال فإنه يكون في ضمانه، فإذا خسر فتكون الخسارة عليه والربح له.

وقد نصت المادة (٦٠١) من القانون المدني الأردني على أن موت أحد الشريكين من الأسباب الموجبة لانقضاء الشركة، إلا أنها لم تبين مدى توقف انقضاء الشركة على علم الطرف الآخر.

---

(١) الزيلعي، تبيين الحقائق ٤/ ٢٥٦، ابن قدامة، المغني ٥/ ٢٥.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع ٦/ ٧٩.

(٣) الدسوقي، حاشية الدسوقي ٣/ ٥٢٣، ابن قدامة، المغني ٥/ ٢٥.

ثانياً: انتهاء مدة الشركة: وذلك إذا اتفق الشريكان على تأقيت عقد الشركة، كأن يتفقا على أن تكون الشركة بينهما لمدة سنة، أو أكثر، أو أقل إلى غير ذلك من صور التأقيت، فإن الشركة تنتهي بانتهاء الوقت المحدد لها. إلا أن الفقهاء اختلفوا في حكم تأقيت الشركة على قولين:

١- ذهب الحنفية في رواية، والحنابلة في رواية إلى جواز تأقيت الشركة، وتنتهي الشركة بانتهاء المدة. وذلك قياساً على الوكالة، فكما أن الوكالة تقبل التأقيت، فكذا الشركة. وعلى جواز تقييد الشركة بالنوع، فكما أن الشركة تقبل التقييد بنوع التجارة، أو العمل، فإنها تقبل التقييد كذلك بالوقت.

٢- وذهب الحنفية في رواية أخرى، والمالكية، والحنابلة في رواية إلى عدم جواز تأقيت الشركة بوقت معين. لأن الشركة مبنية على الوكالة، فلما كانت الوكالة مما لا تقبل التأقيت، لزم من ذلك أن لا تقبله الشركة ضرورة.

الراجح والله أعلم بالصواب هو القول بجواز تأقيت مدة الشركة، لأن التأقيت قد تكون فيه مصلحة لأحد العاقدين، وتخفيفاً للغرر بحيث يعلم كل من الشريكين نية صاحبه في أمد الشركة، فيكون متهيئاً لذلك، ولأن الشركة من العقود الجائزة، ويحق لكل من الشريكين فسخ العقد في أي وقت شاء.

وقد نصت المادة (٦٠١/أ) من القانون المدني الأردني على أن عقد الشركة ينتهي بانتهاء مدتها، فلو حددت الشركة بمدة معينة، فإن الشركة تنتهي بمرور هذه المدة، وبهذا يكون القانون قد أخذ بالقول الأول.

ثالثاً: الجنون: يعتبر الجنون من أسباب انتهاء الشركة[١]، لأن الشركة مبنية على الوكالة، فتنتهي بكل ما تنتهي به الوكالة[٢]، ولأن الجنون يسلب الأهلية، والأهلية

(١) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين ٦/ ٥٠٥، البهوتي، كشاف القناع٣/ ٥٠٦.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع ٧/ ٥٤٧.

يجب توافرها في طرفي الشركة شأنها في ذلك شأن سائر العقود.

ويشترط في الجنون المنهي للشركة أن يكون جنوناً مطبقاً[١]، وهو الجنون المستمر، ولا يحكم بالبطلان للشركة إلا بمرور ما يصير به الجنون مطبقاً، ويقدره الحنفية بشهر أو حول[٢]، ولم يقيده الشافعية، والحنابلة بمدة معينة.

ولا تنتهي الشركة بمجرد حصول الجنون، وإنما تبقى قائمة إلى أن يتم إطباقه، فتنفسخ [٣]، وعليه إذا تقبل الشريك العاقل عملاً ما بعد جنون صاحبه وقبل إطباقه، فإن الشريك الذي جن يستحق ما شرط له من ربح في عقد الشركة، أما إذا تقبله للعمل بعد إطباق جنون صاحبه، فإنه يختص بما تقبله، ربحاً، وعملاً، وضماناً.

وقد نص القانون المدني الأردني على الجنون باعتباره من الأسباب المنهية للشركة، إذ تنص المادة (٣/٦٠١) موت أحد الشركاء أو جنونه أو إفلاسه أو الحجر عليه.

رابعاً: الحجر على أحد الشركاء: تنتهي الشركة بالحجر على أحد الشركاء لسفهه، أو إفلاسه، أو إعساره، وذلك لأن الحجر للسفه على الموكل يترتب عليه عزل وكيله، وإذا انعزل أحد الشريكين انفسخت الشركة بينهما، لأن ما يتقبله المعزول لا يكون وكيلاً به عن صاحبه، وبالتالي لا يكون صاحبه ضامناً لهذا العمل.

والحجر على الشريك بسبب الإفلاس أو الإعسار يوجب تصفية أمواله ويدخل في ذلك نصيبه في الشركة، فيخرج هذا الشريك منها، وبخروجه تنتهي الشركة.

وقد نص القانون المدني الأردني على انتهاء الشركة بالحجر على أحد الشريكين في المادة (٣/٦٠١) فقال: (تنقضي الشركة بأحد الأمور التالية: ج- موت أحد الشركاء، أو إفلاسه، أو إعساره، أو الحجر عليه، أو انسحابه).

---

(١) الكاساني، بدائع الصنائع ٧/ ٥٤٧، الشربيني، مغني المحتاج ٢/ ٢١٥، البهوتي، كشاف القناع٣/ ٥٠٦.

(٢) المرغيناني، الهداية ٣/ ١٧٠ ابن عابدين، حاشية ابن عابدين ٦/ ٥٠٥.

(٣) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين ٦/ ٥٠٥.

خامساً: هلاك مال الشركة: إذا هلك جميع مال الشركة، أو معظمه قبل الشراء، أو بعده، أو هلك مال أحد الشركاء قبل الشراء، أو اختلاط الأموال، سواء كان المال من جنس واحد، أو جنسين، فإن الشركة تبطل لفوات المحل وانعدامه بهلاك ما تعلق العقد بعينه قبل حصول المقصود منه، وانعدام المحل الذي هو ركن من أركان الشركة يؤدي إلى انحلالها، ولأن الشركة عقدت لاستثمار المال، فلا يتصور وجودها بعد هلاكه[١]. لأن العقد لما بطل في الهالك بطل فيما يقابله، إذ أن الشريك لم يرض بشركته في ماله إلا بعد أن شاركه هو الآخر في ماله أيضاً[٢].

فإذا بطلت الشركة بهلاك أحد المالين قبل الشراء، فالمال الآخر يكون خالصاً لصاحبه، وما يشتريه به بعد يكون له خاصة لا سبيل لمن هلك ماله عليه، لا من طريق الشركة، ولا من طريق الوكالة التي كانت في ضمنها، لأن بطلان الشركة يستتبع بطلانها[٣].

ويلحق بهلاك المال اختلال المساواة في رأس المال الخاص بحصة كل شريك، بأن يزيد رأس مال أحدهما عن الآخر، فتفوت المساواة في المفاوضة بذلك، لأن المساواة شرط في المفاوضة، وتخلف هذا الشرط يبطلها، سواء كان في ابتداء عقدها، أو دوامه[٤].

وقال المالكية إن هلاك أحد المالين قبل خلطهما، ولو خلطا حكماً، يكون من ضمان صاحبه خاصة، لا من ضمان الشركة، إلا أن يكون الشراء بعد علم المشتري بهلاك المال الآخر ولم يرده للشركة، فله الربح وعليه الخسارة، إلا إذا أراد الشريك الذي هلك ماله الدخول معه، ولكن ادعى الشريك الآخر أنه اشتراه

---

(١) الكاساني، بدائع الصنائع ٦/ ٧٨، ابن نجيم، البحر الرائق ٥/ ١٩٠.

(٢) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين ٦/ ٥٠٦.

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع ٦/ ٧٨، ابن الهمام، شرح فتح القدير ٥/ ٣٥٤.

(٤) الكاساني، بدائع الصنائع ٦/ ٧٨، النظام، الفتاوى الهندية ٢/ ٣١١.

لنفسه، فحينئذ يكون لصاحب المال الباقي وحده[١].

وقد نص القانون المدني الأردني على انتهاء الشركة بهلاك جميع المال أو حصة أحد الشركاء في المادة (٢/٦٠١) فقال: (تنقضي الشركة بأحد الأمور التالية: ب- هلاك جميع رأس المال، أو رأسمال أحد الشركاء قبل تسليمه).

سادساً: صدور حكم قضائي بحق الشركة: إذا صدر حكم قضائي من المحكمة بإنهاء الشركة، أو إلغائها، أو فسخها، بناء على طلب أحد الشركاء لأسباب جوهرية، أو رأت المحكمة أن الشركة في مرحلة الإفلاس، أو مهددة بذلك، فتعتبر الشركة منتهية من تاريخ صدور الحكم من المحكمة، أو من التاريخ الذي تحدده المحكمة لانتهاء الشركة وإلغائها.

وبهذا جاءت الفقرة ٥ من المادة (٦٠١)، إذ قررت انتهاء الشركة بصدور حكم قضائي بحلها. والمادة (٦٠٤) التي نصت على: (يجوز للمحكمة أن تقضي بحل الشركة بناء على طلب أحد الشركاء لعدم وفاء شريك بما تعهد به، أو لإلحاقه بالشركة ضرراً جوهرياً من جراء تولي شؤونها).

---

(١) الصاوي، بلغة السالك ٢/ ١٥٥.

المطلب السادس
تصفية الشركة وقسمتها

بعد أن تنقضي الشركة وتنتهي أعمالها، تدخل في مرحلة يتم خلالها تصفية موجوداتها، وقسمة أموالها بين الشركاء. ومسألة تصفية الشركة لم يتطرق إليها الفقهاء بصورة مباشرة، ولكن أشاروا إليها من خلال تعرضهم للشركات والقسمة(١).

أولاً: المراد بالتصفية والقسمة:

والمراد بالتصفية هي: إظهار مال الشركة عن طريق استيفاء حقوق الشركاء قبل الغير، والوفاء بديونها، وحصر موجودات الشركة، وتنضيض العروض منها بأن يصير مال الشركة عيناً من الدراهم والدنانير(٢).

أما القسمة وهي العملية التي تتبع التصفية، فيراد بها: معرفة وتمييز الحقوق الشائعة، بأن يتعين نصيب كل شريك في المشاع قبل القسمة.

إذا انقضت الشركة وانتهى وجودها، فإن رأس مالها يقسم بين الشركاء، فيأخذ كل شريك قدر حصته من رأس المال، أو ما يعادل قيمتها وقت العقد، إذا كان ناضاً، فإذا كانت حصة الشريك عملاً، فإنه لا حظ له في المال، بل ينتهي بذلك التزامه العمل في الشركة.

وإذا كان رأس مال الشركة وقت انتهائها عروضاً أو غيره، فإن الشركة تظل باقية حكماً حتى ينض المال بتصرف الشركاء في العروض بالبيع ليظهر المال، وهذا عند

---

(١) الكاساني، بدائع الصنائع ٦/ ٩٠، البهوتي، كشاف القناع ٣/ ٥٠٦، الكشناوي، أسهل المدارك ٢/ ٣٥٢.

(٢) البهوتي، كشاف القناع٣/ ٥٠٦، خليل، الشركات في الفقه الإسلامي، ص٩٨، عبدالرحيم، الوجيز في القانون التجاري، ص٢٤٩، غنايم، الشركات التجارية في الإمارات، ص٨٢.

جمهور الفقهاء[١]، أما عند المالكية[٢] فيجوز اقتسام الشركاء للعروض، أو غيره من موجودات الشركة.

ثانياً: تعيين المصفي وشروطه:

المصفي: هو الشخص أو الأشخاص الذين يعهد إليهم بتصفية الشركة، ويكون المصفي وكيلاً عن الشركة، ولذلك فإن له الحق في توجيه المطالبة لمديني الشركة، كما أن عليه دفع حقوق دائنيها[٣].

يقوم الشركاء جميعاً بتصفية الشركة وتنضيض أموالها، أو يقوم الشريك المتصرف في شئونها إذا عهد إليه الشركاء بذلك، لأن الحق لهم لا يعدوهم، وعلى هذا فإن تصفية الشركة وقسمتها يكون أساساً للشركاء، لأنهم أصحاب التصرف في الشركة، ولولا يتهم على أنفسهم وأموالهم.

ويجوز أن يعين الشركاء مصفياً، أو قساماً يقوم بتصفية الشركة وقسمتها، كما يجوز للقاضي أن يعين مصفياً قساماً للشركة بناء على طلب الشركاء، أو أحدهم، لأن القسمة من جنس عمل القضاء من حيث أنه يتم به قطع المنازعات، ومن جملة ذلك قسمة الأموال المشتركة، سواء أكانت ميراثاً أم بعقد الشركة، ولا يتم ذلك إلا بتعيين مصف قسام للشركة[٤].

وقد نصت المادة (٦٠٦) على ذلك، فقالت: (تتم تصفية أموال الشركة وقسمتها بالطريقة التي ارتضاها الشركاء، فإذا لم يتفقوا جاز لأي من أصحاب المصلحة أن

---

(١) الكاساني، بدائع الصنائع ٦/ ٧٧، القاضي زاده، تكملة شرح فتح القدير ٩/ ٤٣٩، ابن قدامة، المغني ٥/ ٢١.

(٢) الحطاب، مواهب الجليل ٥/ ٣٣٤، الكشناوي، أسهل المسالك ٢/ ٣٥٢.

(٣) البركي، شركات الأشخاص، ص ٣١١.

(٤) المرغيناني، الهداية ٤/ ٣١، البهوتي، الروض المربع ٢/ ٤١٣.

يطلب من القضاء تعيين مصف أو أكثر لإجراء التصفية والقسمة).

ويشترط في القاسم أن يكون ذكراً، عدلاً، مسلماً، ضابطاً، سميعاً، بصيراً، ناطقاً، عالماً بالمساحة والحساب لكي يحصل الغرض من عمله، وهذه الشروط تلزم المصفي إذا كان معيناً من قبل القاضي، أما إذا كان معيناً من قبل الشركاء فلا يشترط ذلك، لأن المصفي القاسم وكيل عنهم، وقد رضوا به على حاله فلهم ذلك[١].

وأجرة المصفي تكون من بيت المال من سهم المصالح، لأن عمله من جملة المصالح العامة، فإن تعذر أخذ أجرته من بيت المال فأجرته على الشركاء، وكذلك إن استأجروه، وتكون الأجرة موزعة على الشركاء بحسب حصصهم في رأس مال الشركة، وعند بعض الفقهاء أن الأجرة تكون على الرءوس، لأن العمل في النصيب القليل كالعمل في الكثير[٢].

وللشركاء عزل المصفي إذا وجد مسوغ لذلك، كما لو ثبت إهماله، أو خيانته، أو لحقه ما يمنعه من الاستمرار في عمله كعجز، أو حجر[٣]. وللمصفي أن يعتزل عمله، بشرط أن يكون ذلك في وقت لائق، وأن يعلم به الشركاء، طبقاً لأحكام الوكالة، لأنه وكيل عن الشركة.

ثالثاً: طبيعة عمل المصفي:

يكون المصفي وكيلاً عن الشركة، فيثبت له التصرف في مالها بالقدر اللازم لتصفيتها، فيباشر عمله في حدود ما وكل به، ويبدأ المصفي عمله:

---

(١) القاضي زاده، تكملة شرح فتح القدير ٩/ ٤٣٩، الرملي، نهاية المحتاج ٨/ ٢٦٩، الأنصاري، فتح الوهاب ٢/ ٢١٧، البهوتي، الروض المربع ٢/ ٤١٤، خليل، الشركات في الفقه الإسلامي، ص٩٩.

(٢) القاضي زاده، تكملة شرح فتح القدير ٩/ ٤٣٩، الرملي، نهاية المحتاج ٨/ ٢٦٩، البهوتي، الروض المربع ٢/ ٤١٤.

(٣) المرغيناني، الهداية ٤/ ٣١، الشربيني، الإقناع ٢/ ٢٧١.

١- بحصر موجودات الشركة، ومعرفة مالها من حقوق، وما عليها من ديون.

٢- يقوم بسداد ديون الشركة الحالة، وأما الديون المؤجلة فإنه يحتفظ بالمبالغ اللازمة من مال الشركة، ويعزلها في مكان أمين لحين حلول موعد أدائها، وكذلك الحكم في الديون المتنازع فيها.

٣- يقوم بتنضيض أموال الشركة، فيبيع العروض وما يماثله من موجودات الشركة.

٤- يقسم المال بين الشركاء بحسب حصة كل شريك في رأس المال.

وقد وافق القانون المدني الأردني في المادة (٦٠٨)، والمادة (١/٦١٠) الشريعة الإسلامية في طبيعة المصفي، حيث نصت المادة (٦٠٨) على: (يقوم المصفي بجميع أعمال التصفية من جرد موجودات الشركة، واستيفاء حقوقها، ووفاء ديونها، وبيع أموالها حتى يصبح المال مهيأ للقسمة مراعياً في كل ذلك القيود المنصوص عليها في أمر تعيينه، وليس له أن يقوم بعمل لا تقتضيه التصفية).

ونصت المادة (١/٦١٠) على أنه: (يقسم مال الشركة بين الشركاء بعد وفاء حقوق الدائنين وحفظ مبلغ لوفاء الديون غير الحالة، أو المتنازع عليها، كما تؤدي النفقات الناشئة عن التصفية).

وإذا رضي الشركاء بقسمة الأموال غير الناضة، فإن المصفي يتبع في قسمتها طريقة الإفراد في المكيلات، والموزونات، والمعدودات لعدم التفاوت فيما بينها، وطريقة المبادلة في الحيوانات، والعروض للتفاوت فيما بينهما فيما بينها، وأما الأعيان فإن المصفي يفرزها بالعدل، ثم يقرع عليها بين الشركاء[1].

وإن تبين بعد التصفية وجود أرباح فإنها توزع بين الشركاء على حسب الشروط

---

(١) الحطاب، مواهب الجليل ٥/ ٢٣٤، الآبي، جواهر الإكليل ٢/ ١٦٥.

التي اتفقوا عليها، وإن لم يكن ربح، فإن كلاً منهم يأخذ قدر قيمة ما دفعه في رأس المال، إذا كانت حصته في الشركة نقداً. وإن كانت عملاً، فإنه لا حظ له في المال، بل ينهي التزامه بذلك العمل للشركة، وإذا وجدت خسارة على الشركة فإنها توزع على الشركاء بحسب حصة كل منهم في رأس مال الشركة(١).

وقد وافق القانون المدني الأردني في المادة (٢/٦١٠) الشريعة في توزيع الربح، وخالفها في تحمل الخسارة، حيث نص قال: (ويختص كل شريك بمبلغ يتناسب مع حصته في رأس المال، كما ينال من الربح ويتحمل من الخسارة النسبة المتفق عليها، أو المنصوص عليها في أحكام هذا القانون). فالقانون يرى أن توزع الخسارة بحسب النسبة المتفق عليها، بينما الشريعة الإسلامية جعلت الخسارة موزعة على الشركاء بمقدار نصيب كل منهم في رأس المال.

وتنتهي التصفية بتمام تلك الأعمال، وتحديد الصافي من أموال الشركة، وتزول الشخصية المعنوية للشركة، ويلتزم المصفي بتقديم حساب عن أعماله إلى الشركاء وبيان الأموال المتبقية، وعلى المصفي أن يطلب محو قيد الشركة من السجل التجاري خلال شهر من انتهاء التصفية، فإذا لم يقدم ذلك كان لمكتب السجل التجاري أن يمحو ذلك من تلقاء نفسه(٢).

---

(١) المصادر السابقة.

(٢) البركي، شركات الأشخاص، ص ٣١٢.

المبحث الأول

شركة العنان

المطلب الأول: تعريف شركة العنان

أولاً: تعريف العنان في اللغة:

العنان في اللغة: اسم مصدر من عنَّ يعنَّ: إذا ظهر أمامك، وذلك لظهور مال كل من الشريكين لصاحبه، أو لأنها أظهر أنواع الشركة[١].

والعنان بفتح العين نسبة إلى العنان وهو سير لجم الدابة، سميت بذلك لاستواء الشريكين في حق التصرف في المال، والفسخ، واستحقاق الربح على قدر ما يسهم به الشريك من مال كاستواء طرفي العنان، أو لأن كل متعاقد في هذه الشركة يحق له منع صاحبه من التصرف حيث شاء[٢].

والعنان بكسر العين من عنَّ الشيء: إذا عرض واعترض، يقال: عنت لي حاجة إذا عرضت، سميت هذه الشركة بذلك، لأن كل شريك في هذا العقد عنَّ له أن يشارك صاحبه[٣].

ثانياً: تعريف شركة العنان اصطلاحاً:

اختلفت عبارات الفقهاء في تعريف شركة العنان كما يلي:

١- عرف الحنفية شركة العنان بأنها: هي أن يشتركا في نوع بر، أو طعام، أو يشتركا في عموم التجارات، دون أن تذكر الكفالة أثناء التعاقد[٤]. فقد نص الحنفية على

(١) ابن منظور، لسان العرب ١٣/ ٢٩٢.

(٢) إبراهيم، المعجم الوسيط ٢/ ٦٣٣، الرازي، مختار الصحاح، ص١٩٤.

(٣) الفيومي، المصباح المنير ٢/ ٥١٧، إبراهيم، المعجم الوسيط ٢/ ٦٣٨.

(٤) ابن الهمام، شرح فتح القدير ٦/ ١٦٤.

عدم ذكر الكفالة، لأن شركة العنان تنعقد على الوكالة، والكفالة خاصة بشركة المفاوضة.

٢- عرفها المالكية بأنها: أن يشتركا على ألا يتصرف أحدهما إلا بإذن صاحبه وموافقته[١]. فقد اشترط المالكية عدم استبداد أحد الشركاء بالتصرف دون الآخر، فإذا تصرف بدون إذن صاحبه بطلت الشركة بينهما.

٣- عرفها الشافعية بأنها: أن يشترك اثنان فأكثر في مال لهما، ليتجرا فيه، ويكون الربح بينهم بنسبة أموالهم، بشرائط مخصوصة[٢]. فقد اشترط الشافعية على وجوب مشاركة المتعاقدين بالمال والعمل، ليخرج بذلك المضاربة.

٤- عرفها الحنابلة بأنها: أن يشتركا رجلان بماليهما على أن يعملا فيه بأبدانهما والربح بينهما[٣].

ويمكن تعريف شركة العنان بأنها: عقد يشترك فيه اثنان، أو أكثر، بأن يدفع كل منهما حصة معينة في رأس المال، ولو من جنسين متماثلين، أو متفاوتين يتجرون فيه، ويكون الربح بينهما بحسب الاتفاق.

---

(١) الشيباني، تبيين المسالك ٤/ ٤٣، المواق، التاج والإكليل ٥/ ١٣٣.

(٢)البكري، إعانة الطالبين ٣/ ١٠٥، الشربيني، مغني المحتاج٢/ ٢١٢.

(٣) ابن قدامة، المغني ٧/ ١٣٩، البهوتي، كشاف القناع ٣/ ٤٩٧.

المطلب الثاني
مشروعية شركة العنان

اتفق الفقهاء على جواز شركة العنان، لأنها تقتضي الوكالة في التصرف عن كل واحد لصاحبه، والوكالة جائزة باتفاق الفقهاء. فشركة العنان مبنية على الوكالة والأمانة، لأن كل واحد منهما يدفع المال إلى صاحبه، وقد أمنه في ذلك ووكله في التصرف بإذنه(١).

والأدلة على مشروعية شركة العنان ما ذكرناه من الأدلة في مشروعية الشركة في الجملة:

١- عن السائب بن أبي السائب، أنه قال للنبي ﷺ:" كنت شريكي في الجاهلية، فكنت خير شريك، كنت لا تداريني، ولا تماريني"(٢). وقد ذكر أن الشركة بين النبي ﷺ والسائب شركة عنان.

٢- عن أبي المنهال أن زيد بن أرقم والبراء بن عازب رضي الله عنهما كانا شريكين، فاشتريا فضة بنقد ونسيئة، فبلغ ذلك النبي ﷺ فأمرهما:" أن ما كان بنقد فأجيزوه، وما كان بنسيئة فردوه"(٣). وهذا إقرار من النبي ﷺ، والتقرير أحد وجوه السنة.

٣- إجماع: هذا وقد انعقد الإجماع على جواز شركة العنان.

قال ابن المنذر رحمه الله تعالى: (وأجمعوا على أن الشركة الصحيحة أن يخرج كل

---

(١) ابن قدامة، المغني ٧/ ١٤٠.

(٢) ابن ماجه، سنن ابن ماجه، كتاب التجارات، باب الشركة والمضاربة، ح(٢٢٨٧)، البيهقي، سنن البيهقي، كتاب الشركة، باب الاشتراك في الأموال والهدايا، ح(١١٢٠٤)، الحاكم، المستدرك، كتاب البيوع، ح(٢٣٥٧)، قال الحاكم: وهذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه.

(٣) البخاري، صحيح البخاري، كتاب الشركة، باب الاشتراك في الذهب والفضة، ح(٢٤٩٧).

واحد من الشريكين مالاً مثل مال صاحبه دنانير أو دراهم، ثم يخلطان ذلك حتى يصيرا مالاً واحداً لا يتميز، على أن يبيعا ويشتريا ما رأيا من التجارات على أن ما كان فيه من فضل فلهما، وما كان من نقص فعليهما، فإذا فعلا ذلك صحت الشركة)(١).

وقال الكاساني رحمه الله تعالى: (فأما العنان فجائز بإجماع فقهاء الأمصار، ولتعامل الناس بها في كل عصر من غير نكير، وما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن)(٢).

وقال الرملي رحمه الله تعالى: (شركة العنان: هي اشتراك في مال ليتجر فيه، وهي صحيحة بالإجماع، لسلامتها من سائر أنواع الغرر)(٣).

المطلب الثالث
أركان شركة العنان وشروطها

أركان شركة العنان هي الأركان العامة للشركة، وهي: الصيغة، والعاقدان، ورأس المال. وهي مبنية على الوكالة والأمانة، فكل شريك أمين بما في يده لا يضمنه إلا بتعد منه، والشريك المأذون في التصرف فيها يجب أن تتوافر فيه أهلية الوكالة.

ولا تختلف شركة العنان عن غيرها من العقود في الشروط العامة لانعقاد العقد، وهي المتعلقة بأهلية العاقدين، والمحل، والصيغة، فهي من هذه الناحية كشروط البيع، والوكالة ونحوها، ولهذا لن نتطرق إليها هذا المبحث. أما الشروط الخاصة بصحتها، فهي:

---

(١) الإجماع، ص ٥٦.
(٢) بدائع الصنائع ٦/ ٩٣.
(٣) نهاية المحتاج ٥/ ٥.

١- أن يكون رأس المال من الأثمان: لا خلاف بين الفقهاء في جواز جعل رأس مال الشركة من الأثمان المطلقة، التي لا تتعين بالتعيين كالدراهم والدنانير، إذ هي الأصل في ذلك، لأنها قيم الأموال وأثمان المبيعات، وإليها يرجع عند الاختلاف، والاشتراك فيها حاصل من لدن رسول الله ﷺ إلى زمننا هذا من غير نكير[1].

واختلف الفقهاء في الشركة بالعروض بأن يكون رأس مالها عروضاً على ثلاثة أقوال، هي:

القول الأول: ذهب الحنفية، والحنابلة والظاهرية [2] إلى عدم جواز الشركة في العروض مطلقاً. واستدلوا بما يلي:

١- إن الوكالة من شروط الشركة، بأن يكون كل واحد منهما وكيلاً عن صاحبه في التصرف في مال الشركة، فإذا كان رأس مال الشركة عروضاً لم تصح الوكالة فيها، إذ ليس يصح للإنسان إذا باع عروضاً مملوكة له أن يكون وكيلاً عن غيره في هذا التصرف، لأن الولاية عليه له وحده دون غيره، فمن قال لآخر: بع دارك على أن يكون ثمنها مشتركاً بيننا لا يجوز، ويكون الثمن لصاحب الدار وحده، وإذا لم تجز الوكالة لم تجز الشركة[3].

٢- إن الشركة في العروض تؤدي إلى جهالة الربح عند القسمة، والربح هو المقصد الأول من الشركة، لأن معرفة قدر الربح والقسمة تحتاج إلى معرفة رأس المال، ورأس المال هو قيمة العروض، والقيمة مجهولة عند العقد وبعده، ولا تعرف إلا بالحزر والظن، وهذا يختلف باختلاف التقويم، وقد يحصل الاختلاف في

---

(١) السرخسي، المبسوط١١/ ١٥٩، الدردير، الشرح الكبير٣/ ٣٤٩، الشربيني، مغني المحتاج٢/ ٢١٣، ابن قدامة، المغني ٧/ ١٢٣.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع٦/ ٩٤، البهوتي، كشاف القناع٣/ ٤٩٨، ابن حزم، المحلى٨/ ١٢٤.

(٣) السرخسي، المبسوط١١/ ١٥٩، الكاساني، بدائع الصنائع٦/ ٩٤، الخفيف، الشركات، ص٣٦.

التقويم فيؤدي إلى النزاع في مقدار الربح، وهو مفسد للشركة[١].

وأجاز أصحاب هذا القول الشركة في العروض في حالة واحدة وهي: أن يبيع كل واحد من المتعاقدين نصف عرضه بنصف عرض صاحبه، سواء اتفق العرضان أم اختلفا، حتى يصير كل واحد من العرض مشتركاً بينهما، فيتقابضان ثم يعقدان بعد ذلك عقد الشركة[٢].

القول الثاني: ذهب المالكية، والحنابلة في رواية[٣] إلى جواز الشركة بالعروض مثلية أو قيمية، سواء كانت العروض من الجانبين، أم كان العرض من جانب، والعين من الآخر، سواء اتفقا جنساً أم اختلفا، وتعتبر قيمة العروض يوم العقد، وتجعل قيمتها رأس مال الشركة، تعرف بموجبها الأرباح والخسائر. لأن الشركة تقتضي جواز التصرف في المالين جميعاً، وكون الربح بينهما، وهذا حاصل في العروض كما هو في الأثمان، فيجب القول بجوازها بالعروض كالأثمان، وعند انفساخ الشركة يرجع كل واحد منهما بقيمة ماله عند العقد.

القول الثالث: وذهب الشافعية[٤] إلى التفريق بين المثلي كالحبوب، وبين القيمي الذي تختلف آحاده من حيث القيمة كالثياب والحيوان، فلا تجوز الشركة في القيمي، وتجوز في المثلي بشرط خلطهما قبل العقد مع اتحاد الجنس والوصف، بحيث لا يتمايزان، فلا يكفي الخلط مع الاختلاف لإمكان التمييز، وقد يتلف نصيب أحدهما فيتلف على صاحبه فقط، وحينئذ يتعذر إثبات الشركة في الباقي، لأن بعد الخلط لا يتمايزان، فصح عقد الشركة عليهما كالدراهم والدنانير.

---

(١) الكاساني، بدائع الصنائع٦/ ٩٤، ابن قدامة، المغني ٧/ ١٢٣، الخفيف، الشركات، ص٣٧.

(٢) المصادر السابقة.

(٣) الدردير، الشرح الكبير ٣/ ٣٤٩، الخرشي، شرح الخرشي ٦/ ٤٧، ابن قدامة، المغني٧/ ١٢٣.

(٤) النووي، روضة الطالبين ٤/ ٢٧٦، الشربيني، مغني المحتاج ٢/ ٢١٣.

والراجح هو القول الثاني القائل بجواز المشاركة في العروض دون أن يشترط لها أي شرط، لأنها نوع من مال، فكما تجوز بالنقود تجوز بغيرها من الأموال، وتجعل قيمتها وقت العقد رأس مال لها.

٢- أن يكون رأس مال الشركة عيناً حاضراً لا ديناً، ولا مالاً غائباً: فلا يصح عقد الشركة على دين، ولا على مال غائب، لأن مقصود الشركة وهو الربح لا يتحقق إلا بالتصرف في مال الشركة، ومع كون المال ديناً، أو غائباً لا يمكن التصرف فيه، فانتفى مقصود الشركة.

ولا يشترط الحنفية حضور المال عند العقد، بل يكفي بحضوره وقت الشراء، لأن عقد الشركة يتم بالشراء، فيعتبر الحضور عنده[١].

ويشترط الحنابلة حضور المال من جميع الشركاء عند العقد، لأن ذلك هو الذي يقرر معنى الشركة، وهو التصرف في المال، إذ يتيح الشروع في تصريف أعمالها على الفور، فلا يتراخى مقصودها. وإذا عقدت الشركة على مال غائب، أو على دين في الذمة، وأحضر المال، وشرع الشريكان في التصرف فيه تصرف الشركاء، فإن الشركة تنعقد بهذا التصرف نفسه[٢].

ويجوز عند المالكية[٣] عقد الشركة على مال غائب بشرطين:

أ- أن لا تكون غيبة المال بعيدة جداً: أي إن لم يبعد المال بأن قرب كاليومين.

ب-أن لا يشرع الشريكان بالتجارة والتصرف في المال قبل حضور المال الغائب وقبضه.

---

(١) الكاساني، بدائع الصنائع٦/ ٩٦، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين ٦/ ٤٧٧.

(٢) ابن قدامة، المغني ٧/ ١٢٥، الرحيباني، مطالب أولي النهى ٣/ ٤٩٩.

(٣) الدردير، الشرح الكبير ٣/ ٣٥٠، المواق، التاج والإكليل ٥/ ١٢٥.

٣- خلط المالين: اختلف الفقهاء في اشتراط خلط الأنصباء من أجل صحة العقد على ثلاثة أقوال:

القول الأول: ذهب الشافعية، والظاهرية وزفر من الحنفية[(١)] إلى أنه لا يصح عقد الشركة حتى يخلط الشريكان ماليهما المتحد وصفاً وجنساً خلطاً لا يتميز به مال أحدهما عن الآخر، لأن مال كل واحد قبل الخلط يكون ملكاً له، فإن تلف، تلف على صاحبه فقط، وإن ربح فيه يكون الربح له خاصة، وهذا يتنافى مع مقصود الشركة وهو الاشتراك في الربح. ولأن الشركة تنبئ عن الاختلاط، والاختلاط لا يحصل مع تميز المالين، فلم يتحقق معنى الشركة.

ويشترط الخلط قبل العقد والتصرف، حتى يكون الربح مشتركاً بين الشركاء، ولا يكفي الخلط مع اختلاف الجنس كالدراهم والدنانير، أو الصفة كالحنطة الحمراء والبيضاء لإمكان التمييز.

ويقوم مقام الخلط ما لو ملك الشريكان المال المراد عقد الشركة عليه بسبب من الأسباب كإرث، أو شراء ونحو ذلك، لأنه أبلغ من الخلط. إذ ما من جزء من المال الموروث أو الموهوب إلا وهو مشترك بين المتشاركين، فإذا انضم لهذا الاشتراك الإذن في التصرف من الجانبين، فقد تم العقد[(٢)].

القول الثاني: ذهب الحنفية، والحنابلة[(٣)] إلى عدم اشتراط خلط المالين إذا عيناهما وأحضراهما لاشتمال الشركة على الوكالة، فكل ما يصح فيه التوكيل يصح فيه الشركة، والوكالة جائزة في المالين قبل الخلط، فكذلك الشركة، ثم إن عقد

---

(١) النووي، روضة الطالبين ٤/ ٧٧، الشربيني، مغني المحتاج ٢/ ٢١٣، ابن حزم، المحلى٨/ ١٢٤، السرخسي، المبسوط ١١/ ١٥٢.

(٢) الشيرازي، المهذب١/ ٣٤٥، الرملي، نهاية المحتاج ٥/ ٦.

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع ٦/ ٩٦، ابن الهمام، شرح فتح القدير٧/ ١٧٦، ابن قدامة، المغني ٧/ ١٢٦، البهوتي، كشاف القناع ٣/ ٤٩٩.

الشركة عقد يقصد به الربح عن طريق التصرف في المال، فلا يشترط فيه خلط المال، لصحة التصرف بغير خلط.

وخالف الحنابلة الحنفية في هلاك المال قبل الخلط، فالحنفية يرون أنه إذا هلك أحد المالين قبل الخلط فهو من ضمان صاحبه، بينما يرى الحنابلة أنه يحتسب من مال الجميع، على قدر المال.

القول الثالث: وذهب المالكية[1] إلى أن الخلط ليس شرطاً لصحة عقد الشركة، بل هو شرط في الضمان، بمعنى أن رأس المال إذا هلك بعد الخلط يضمنه الشركاء جميعاً، وأما قبل الخلط فما يهلك فيه يهلك على صاحبه فقط، على أن شرط الخلط إنما هو خاص في المثليات، أما العروض القيمية فلا يشترط فيها الخلط لضمانها، بل إنها تضمن لمجرد العقد، وليس شرطاً خلط المالين حقيقة بحيث لا يتميزان، بل يكفي بالخلط الحكمي، كأن يكون مال الشركة في حوزة أجنبي، أو في حوزة أحدهما، أو أن يكون مال الشركة في صندوق واحد وأيدهما مطلقة عليه.

والراجح قول الشافعية، وهو أنه لا يصح عقد الشركة حتى يخلط الشريكان ماليهما خلطاً لا يتميز به مال أحدهما عن الآخر، لأن بالاختلاط يكون عمل الشريكين أفضل وأتم، لأن النصح يوجد منه لشريكه، كما يوجد لنفسه.

ولم يتعرض القانون المدني الأردني لشركة العنان، لا بالتعريف، ولا ببيان أركانها، ولا أحكامها.

---

(١) ابن رشد، بداية المجتهد ٢/ ١٩٠، الحطاب، مواهب الجليل ٥/ ١٢٥، الدردير، الشرح الكبير ٣/ ٣٥٠.

المطلب الرابع
توزيع الربح والخسارة

أولاً: الربح:

الربح هو ثمرة جهود الشركاء في تنميتهم لأموال الشركة، وقد اشترط الفقهاء لصحة عقد شركة العنان شروطاً لابد من توافرها هي:

١- أن ينص في الشركة على أن الربح يكون جزءاً مشاعاً من الربح كالربع والخمس والنصف، فلا تصح الشركة بأن يكون ربح أحدهما مقداراً معيناً من المال، خشية إنقطاع الشركة في الربح، وذلك بأن لا تربح الشركة سوى هذا المقدار الذي عينه الشريك حصة له من الربح.

٢- يجوز تقسيم الربح بين الشركاء بقدر المشاركة في رأس المال، فإذا كانت رؤوس الأموال المشاركة في الشركة متساوية، كأن كانت الشركة بين شريكين ودفع كل شريك نصف رأس المال، قسم الربح بينهما مناصفة بالتساوي على قدر رأس المال، وإذا كانت مختلفة، كأن يدفع أحدهما ثلث رأس المال والآخر الثلثين، قسم الربح بينهما بهذه النسبة.

٣- اختلف الفقهاء في جواز تقسيم الربح بخلاف قدر المشاركة في رأس المال على قولين:

القول الأول: ذهب الحنفية والشافعية في وجه والحنابلة[1] إلى جواز تفاضل بعض الشركاء على بعض في مقدار الربح، سواء تساويا في رأس المال، أو تفاضلا فيه. واستدلوا بأدلة منها:

---

(١) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين٤/ ٣١٢، الرافعي، فتح العزيز١٠/ ٤٢٥، البهوتي، كشاف القناع ٣/ ٤٩٨.

١- أن شركة العنان معقودة على المال والعمل جميعاً، والعمل مما يستحق به الربح، فجاز للشريكين أن يتفاضلا في الربح مع اشتراكهما في العمل

٢- إن الشريك الذي يشترط لنفسه ربحاً، ربما يكون أبصر بالتجارة من الآخر، وأقوى على العمل، فجاز أن يشترط زيادة في الربح مقابل عمله.

القول الثاني: ذهب زفر من الحنفية والمالكية والشافعية(١) إلى عدم جواز تفاضل بعض الشركاء على بعض في مقدار الربح، وإن شرط التفاضل يبطل الشركة. واستدلوا بأدلة منها:

١- أن مثل هذا الشرط ينافي مقتضى العقد الذي يقضي بأن يتم توزيع الربح على قدر المالين، قياساً على الخسارة، فكما أنه لو شرط التفاوت في الخسران لم يجز، ويلغو الشرط، ويقسم الخسران على قدر المالين، فكذلك اشتراط التفاوت في الربح.

٢- أن الربح لا يستحق إلا بالمال؛ لأنه نماء الملك، فيكون على قدر المالين.

الترجيح: الراجح والله أعلم بالصواب هو القول الأول القائل بجواز التفاضل في الربح بين الشركاء؛ لأنه أقرب إلى تحقيق العدل، وإعطاء كل ذي حق حقه، باعتبارات الكفاءات وعدم إهدغرها، وفي ذلك مراعاة لمصالح الناس، وموافقة لمقاصد الشريعة.

ثانياً: الخسارة:

الخسارة تقسم على قدر رأس المال، سواء كانت رؤوس الأموال متساوية أو مختلفة، ولا يتحمل أحد من الشركاء شيئاً من الخسارة زيادة على قدر ماله(٢).

---

(١) الكاساني، بدائع الصنائع ٧/ ٣٥٤٦، الدردير، الشرح الكبير٣/ ٣٥٤، الرملي، نهاية المحتاج٥/ ١١.

(٢) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين٤/ ٣١٢، الدردير، الشرح الكبير٣/ ٣٥٤، الرافعي، فتح العزيز ١٠/ ٤٢٥، ابن قدامة، المغني ٥/ ٢٢.

المبحث الثاني

شركة المفاوضة

المطلب الأول: تعريف شركة المفاوضة

أولاً: تعريف المفاوضة في اللغة:

المفاوضة في اللغة: المفاوضة المساواة والمشاركة، وهي مفاعلة من التفويض، يقال: فوض الأمر إليه تفويضاً رده إليه وجعله الحاكم فيه، ومنه قوله تعالى: ﴿وَأُفَوِّضُ أَمْرِيٓ إِلَى ٱللَّهِ﴾ [غافر: ٤٤]، ومن ذلك قولهم: باتوا فوضى، أي مختلطين ومعناه أن كلاً فوض أمره إلى الآخر، ويقال: ما لهم فوضى بينهم، إذا لم يخالف أحدهم الآخر. وتسمية هذه الشركة بالمفاوضة لأن كل واحد من الشريكين يفوض أمر التصرف في مال الشركة إلى الآخر(١).

ثانيًا: تعريف شركة المفاوضة في الاصطلاح:

اختلفت عبارات الفقهاء في تعريف شركة المفاوضة، نبينها كما يلي:

١- عرف الحنفية شركة المفاوضة بأنها: أن يشترك الرجلان فيتساويان في مالهما وتصرفهما ودَينهما، لأنها شركة عامة في جميع التجارات، يفوض كل واحد منهما أمر الشركة إلى صاحبه على الإطلاق(٢).

٢- وعرفها المالكية بأنها: أن يطلق كل واحد منهما التصرف لصاحبه في المال الذي اشتركا فيه في الغيبة والحضور، والبيع والشراء، والكراء والاكتراء، سواء كان

---

(١) ابن منظور، لسان العرب ٧/ ٢١٠، الفيروز آبادي، القاموس المحيط ٢/ ٥٠١، ابن فارس، معجم مقاييس اللغة ٢/ ٨٣٠.

(٢) ابن الهمام، شرح فتح القدير ٦/ ١٤٧، السرخسي، المبسوط ١١/ ١٩٢.

الإطلاق في جميع الأنواع، أو في نوع خاص، ولذلك سميت مفاوضة[١].

٣- وعرفها الشافعية بأنها: الاشتراك بين اثنين أو أكثر ليكون بينهما كسبهما وإليهما ما يعرض من غرم، سواء كان بغصب، أو إتلاف، أو بيع فاسد وغير ذلك[٢].

٤- الحنابلة يرون أن المفاوضة قسمان:

أ- تفويض كل شريك إلى صاحبه شراء وبيعاً في الذمة، ومضاربة، وتوكيلاً، ومسافرة بالمال، وارتهاناً، وضمان ما يرى من الأعمال، أو يشتركان في كل ما يثبت لهما وعليهما إن لم يدخلا كسباً نادراً أو غرامة. فهذه شركة صحيحة، لأنها لا تخرج عن العنان، والوجوه، والأبدان، وكل منها صحيح على انفراده، فيصح باجتماعه مع غيره[٣].

ب- أن يدخلا بينهما في الشركة الاشتراك فيما يحصل لكل واحد منهما من ميراث أو نحوه من ركاز أو لقطة، ويلزم كل واحد منهما ما يلزم الآخر من أرش جناية وضمان غصب وقيمة متلف، وهذا النوع فاسد[٤].

بالنظر إلى تعريفات الفقهاء: نجد أن الحنفية اشترطوا بخلاف المالكية التساوي بين المتفاوضين فيما يملكانه من المال، فلا يجوز أن ينفرد أحدهما بمال يصلح أن يكون رأس مال الشركة، واتفق الحنفية والمالكية والحنابلة في القسم الأول تفويض الشريك لشريكه التصرف في المال برأيه دون الرجوع إلى صاحبه سواء كانا مجتمعين، أو مفترقين.

---

(١) ابن رشد، بداية المجتهد ٢/ ٢٥٤، ابن جزي، القوانين الفقهية، ص ٢٨١.

(٢) الرملي، نهاية المحتاج ٥/ ٤، الرافعي، العزيز شرح الوجيز ٥/ ١٩١.

(٣) الفتوحي، منتهى الإرادات ٣/ ٤٦، البهوتي، كشاف القناع ٣/ ٥٣٠.

(٤) ابن قدامة، المغني ٥/ ٢٩، الفتوحي، منتهى الإرادات ٣/ ٤٦.

المطلب الثاني: مشروعية شركة المفاوضة

اختلف الفقهاء في حكم شركة المفاوضة على قولين:

القول الأول: ذهب الحنفية، والمالكية، وبعض الحنابلة [١] إلى جواز شركة المفاوضة. واستدلوا بما يلي:

١- ما روي عن رسول الله ﷺ:" فاوضوا فإنه أعظم للبركة"[٢].

٢- ما روي عن رسول الله صلى الله عليه:" إذا فاوضتم فأحسنوا المفاوضة"[٣].

وجه الدلالة: أن الحديثين قد دلا على جواز شركة المفاوضة، بحيث يكون كل شريك وكيلاً عن صاحبه، لحث النبي ﷺ على ذلك لما فيه من البركة.

واعترض عليه: بأن الحديثين فيهما ضعف، فالأول قال عنه الزيلعي: حديث غريب، والثاني: قال عنه ابن قدامة: الخبر لا نعرفه، ولا رواه أصحاب السنن[٤]. وقال ابن الهمام: لا يعرفه في كتب الحديث[٥].

٣- أن المفاوضة اشتملت على أمرين جائزين وهما: الوكالة، والكفالة، لأن كل واحدة منهما جائزة حال الانفراد، فتجوزان مجتمعتين، والجهالة محتملة تبعاً.

٤- أن الناس يتعاملون بهذه الشركة من غير إنكار من زمن الرسول ﷺ إلى يومنا هذا، فيكون هذا إجماعاً سكوتياً[٦].

---

(١) ابن الهمام، شرح فتح القدير ٦/ ١٤٧، الأبي، جواهر الإكليل ٢/ ١١٦، ابن قدامة، المغني ٥/ ٢٢.

(٢) الزيلعي، نصب الراية ٣/ ٤٧٥، وقال عنه: حديث غريب.

(٣) ابن المرتضى، البحر الزخار ٤/ ٩١.

(٤) المغني ٥/ ٣٠.

(٥) شرح فتح القدير ٦/ ١٤٨.

(٦) ابن الهمام، شرح فتح القدير ٦/ ١٤٩.

٥- أن المفاوضة طريق لاستنماء المال أو تحصيله، والحاجة إلى ذلك متحققة، فكانت جائزة كجواز العنان[١].

القول الثاني: وذهب الشافعية، وبعض الحنابلة، والظاهرية[٢] إلى عدم جواز شركة المفاوضة. واستدلوا بما يلي:

١- أن النبي ﷺ نهى عن الغرر[٣]، ولا غرر أعظم من المفاوضة فيما يدخل كسباً، أو يخرج غرماً، لأنها شركة لا تصح مع تفاضل، فوجب ألا تصح مع تساوي أصله[٤].

٢- أن المفاوضة على هذه الصفة تتضمن الكفالة بمجهول، والكفالة بالمجهول لا تصح حالة الانفراد، كما أنها تتضمن الوكالة بمجهول الجنس وذلك لا يصح مع الانفراد، وعدم صحة أحدهما منفرداً يقضي بعدم صحتها مجتمعين.

والراجح هو جواز شركة المفاوضة، لتعامل الناس بهذه الشركة من غير أن إنكار، وهذا دليل على شرعيتها.

المطلب الثالث: شروط شركة المفاوضة

يشترط لشركة المفاوضة علاوة على الشروط العامة للشركة، ما يلي:

١- توافر أركانها الأربعة وهي: العاقدان، والصيغة، والمحل، وهذه لابد من تحققها في كل عقد فضلاً عن شركة المفاوضة، لأن وجود المفاوضة لا يتحقق، ولا يتم إلا بها كلها.

---

(١) الكاساني، بدائع الصنائع ٦/ ٥٨.

(٢) الماوردي، الحاوي الكبير ٨/ ١٥٩، ابن قدامة، المغني ٥/ ٢٩، ابن حزم، المحلى ٨/ ١٢٥.

(٣) مسلم، صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب بطلان بيع الحصاة والبيع الذي فيه غرر، ح(٣٨٠٨).

(٤) الماوردي، الحاوي الكبير ٨/ ١٥٩.

٢- التساوي في أهلية العاقدين: يشترط أن يكون كل من الشريكين متمتعاً بأهلية الوكالة والكفالة- وذلك بأن يكونا بالغين عاقلين مسلمين- لأن انعدامهما مناط بانعدامه، أما الوكالة فلتحقق غرض الشركة، وأما الكفالة فلتحقق المساواة التي هي مقتضى المفاوضة(١).

٣- التساوي في رأس المال: قدراً وقيمة عند الحنفية(٢) لكونه الأصل في الشركة، خلافاً للمالكية(٣)، أما اتفاق المالين في الجنس فلا يشترط تحققه.

٤- أن لا يكون لأحد الشركاء مال خارج عن مال الشركة، لأن ذلك يمنع المساواة في الأموال، خلافاً للمالكية فإنهم لا يشترطون أن لا يملك أحد الشريكين مالاً خارجاً عن مال الشركة.

٥- أن تكون الشركة في عموم التجارات ولا يختص أحدهما بتجارة دون شريكه، لأن ذلك يبطل معنى المساواة في التصرف.

٦- أن تكون بلفظ المفاوضة، أو ما يقوم مقامها من عبارة تدل على المقصود. لأن للمفاوضة شرائط لا يجمعها إلا لفظ المفاوضة، أو عبارة تقوم مقامها(٤).

٧- التساوي في التصرفات: وهو أن يطلق كل من الشريكين التصرف فيها للآخر في المال الذي أخرجاه: غيبة وحضوراً، وبيعاً وشراء، وضماناً وتوكيلاً، وكفالة وقراضاً، فيكون تصرفه كتصرفه، فما فعل أحدهما من ذلك فإنه يلزم صاحبه، إذا كان عائداً على شركتهما، ما لم يتبرع بشيء ليس فيه مصلحة الشركة(٥). ومتى

---

(١) ابن الهمام، شرح فتح القدير ٧/ ١٦٠.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع ٦/ ٦٠.

(٣) الدسوقي، حاشية الدسوقي ٣/ ٣٥٣.

(٤) الكاساني، بدائع الصنائع ٦/ ٥٩.

(٥) التسولي، البهجة في شرح التحفة ٢/ ٣٤٥.

تصرف أحدهما مما لا يقدر عليه الآخر فاتت المساواة[١].

وإذا فقد شرط من هذه الشروط فإنها تنقلب إلى شركة عنان، لأن المفاوضة تضمنت العنان وزيادة. سواء أكان الفوات عند العقد، أم بعد الشروع فيها، لأن شرائط المفاوضة يجب توافرها ابتداء وانتهاء[٢].

وبالتالي، فإن الشركة تكون عناناً، إذا عقدت بلفظ العنان، أو عقدت على التفاوت في تعهد العمل وضمانه، أو التفاوت في استحقاق كل منهما للربح، أو على نوع محدد من الأعمال. وكذلك الحال إذا أطلق العقد، فإنها تنعقد عناناً استحساناً، وإن كانت جارية مجرى المفاوضة من حيث تقبل العمل، وضمانه، واستحقاق الربح، وتحمل الخسارة، وتحقق الكفالة[٣].

وإذا صحت شركة المفاوضة بشروطها المقررة، فإنه يترتب عليها آثار وأحكام أهمها:

أ- أن كلا الشريكين يقوم مقام صاحبه عن الشركة فهما شخص واحد بطريق الوكالة والكفالة، إذ أن كلاً منهما وكيل عن صاحبه فيما يجب له، وكفيل فيما يجب عليه.

ب- تصرف الشريكين يلزم الآخر إذا كان في مصلحة الشركة، ويضمنه ويتوقف نفاذه على الشريك إن كان في غير هذه المصلحة بلا إذن سابق[٤]، كما أنه لا يضمن عن شريكه جناية، أو نكاحاً مما هو خارج عنها[٥].

---

(١) الموصلي، الاختيار ٣/ ١٤٠.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع ٧/ ٥١٩، ابن الهمام، شرح فتح القدير ٦/ ١٤٧، العيني، البناية ٧/ ٣٧٦.

(٣) السمرقندي، تحفة الفقهاء ٣/ ١٢، الزيادات، شركة الأعمال، ص ١٣١.

(٤) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين ٦/ ٣٧١.

(٥) ابن الهمام، شرح فتح القدير ٧/ ١٦١.

ج- زيادة مال أحدهما على الآخر عن طريق الإرث، أو الوصية، أو الهبات، فإن كانت عروضاً أو عقاراً اختص به دون شريكه، كما يراه الحنفية مما يؤدي إلى فساد المفاوضة فتتحول إلى شركة عنان.

ولم يتعرض القانون المدني الأردني لشركة المفاوضة، لا بالتعريف، ولا ببيان أركانها، ولا أحكامها.

المبحث الثالث

شركة الأعمال

المطلب الأول: تعريف شركة الأعمال وأسمائها

أولاً: تعريف الأعمال في اللغة:

العين والميم واللام أصل واحد صحيح، وهو عام في كل فعل يفعل، والأعمال جمع عمل، بمعنى المهنة والفعل، والعامل من يعمل في مهنة، أو صنعة، أو من يتولى أمور الرجل في ماله، وعمله، ومنه قيل للقائم على الزكاة: عامل، قال الله تعالى: ﴿وَٱلْعَـٰمِلِينَ عَلَيْهَا﴾ [التوبة: ٦٠].

ثانيًا: تعريف شركة الأعمال في الاصطلاح:

ذكر الفقهاء تعريفات لشركة الأعمال وهي:

١- عرف الحنفية شركة الأعمال بأنها: أن يشتركا على أن يتقبلا الأعمال، ويكون الكسب بينهما، كالخياطين، والصباغين[١].

فشركة الأعيان عند الحنفية تقوم على عنصرين أساسيين هما: تقبل العمل، وتوزيع الكسب الناتج عن هذا العمل بين الشركاء، ذلك أن موضوع هذه الشركة هو العمل.

٢- عرفها المالكية بأنها: أن يشترك صانعان فأكثر على أن يعملا معاً، ويقتسما أجرة عملهما بنسبة العمل، بشرط أن تكون الصنعة متحدة، كالحدادين، أو أن يتلازم عمل أحدهما مع عمل الآخر، وأن يتساويا في العمل، أو يتقاربا فيه[٢].

---

(١) ابن الهمام، شرح فتح القدير٦/ ١٧٢، الكاساني، بدائع الصنائع ٦/ ٦٣، الحلبي، ملتقى الأبحر ٢/ ٥٥٦.

(٢) الدسوقي، حاشية الدسوقي ٣/ ٣٦١،

فشركة الأعيان عند المالكية تقوم على اتحاد الصنعة، وتلازم أو تساوي العمل بينهما.

٣- وعرفها الشافعية بأنها: الاشتراك بين محترفين على أن كسبهما بينهما متساو، أو متقارباً، مع اتفاق الصنعة، أو اختلافها[١].

وتعريف الشافعية قريب من تعريف الحنفية، حيث اشترطوا أن يكون الكسب بينهما متساوياً، أو متقارباً.

٤- عرفها الحنابلة بأنها: أن يشترك اثنان أو أكثر فيما يكسبونه بأيديهم، كالصناع يشتركون على أن يعملوا في صناعاتهم، أو يشتركون فيما يكسبونه من المباح كالاصطياد[٢].

تعريف الحنابلة فيه توسع، حيث ادخلوا الاشتراك في تملك المباحات، مع الاشتراك في تقبل الأعمال.

٥- عرفها علي الخفيف رحمه الله تعالى بأنها: الاشتراك في أجرة العمل، ومثالها أن يتفق اثنان، أو أكثر من أرباب المهن والصنائع على العمل على أن ما يأتيهم من أجر يكون بينهم جميعاً على نسبة يتفقون عليها[٣].

وفي موضع آخر عرفها بأنها: أن يشترك اثنان أو أكثر على أن يعملوا على ما يحذقونه من صناعات فما كان لهم من أجور فهو بينهم على حسب شرطهم، كالنجارين، والخياطين، والأطباء ونحوهم، يشتركون فيما يحصلونه من أجور منهم[٤].

وبالنظر إلى ما ذكر من تعريفات الفقهاء، يمكن تعريف شركة الأعمال بأنها:

---

(١) الرملي، نهاية المحتاج٥/ ٤، النووي، روضة الطالبين٣/ ٥٠٩.

(٢) ابن قدامة، المغني ٥/ ٥

(٣) الخفيف، الشركات في الفقه الإسلامي، ص ٢٠.

(٤) المصدر السابق، ص ٩٩.

أن يشترك اثنان أو أكثر في عمل معين، أو في تقبل الأعمال، ويكون ما يكسبانه مشتركاً بينهما بحسب الاتفاق.

وعرف القانون المدني الأردني في المادة (٦١٠) شركة الأعمال بأنها: عقد يتفق بمقتضاه شخصان أو أكثر على التزام العمل وضمانه للغير، لقاء أجر، سواء أكانوا متساوين، أم متفاضلين.

يلاحظ أن تعريف القانون المدني الأردني قريب من تعريف الفقهاء، مع اختلاف بسيط في الصياغة، والتعبير في بعض المصطلحات، حيث عبر عن (تقبل العمل) الذي نص عليه الفقهاء بعبارة (التزام العمل، وضمانه للغير)، ولم يتطرق القانون إلى الاشتراك في تملك المباحات الذي اعتبرته بعض المذاهب الفقهية.

ثالثًا: أسماء شركة الأعمال:

أطلق الفقهاء على شركة الأعمال عدة أسماء، مشتقة من طبيعة الشركة، وهذه الأسماء هي:

أ- شركة الأعمال: والعمل يعني المهنة، والصنعة، والفعل، وسميت بهذا الاسم، لأن مدارها على العمل الذي يبذله الشريكان في سبيل الحصول على الكسب[١]. أي أن رأس المال فيها عمل المشتركين.

ب- شركة الصنائع: والصنعة بمعنى حرفة الصانع وعمله، وسميت بذلك لأن الشريكين فيها غالباً ما يكون لهما صنعة يحترفانها، ويكون توافر الصنعة في كل منهما هو الدافع إلى مشاركة الآخر له[٢].

ج- شركة الأبدان: سميت بذلك لأن العمل يكون من الشريكين بأبدانهما

---

(١) ابن الهمام، شرح فتح القدير٦/ ١٧٣.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع ٧/ ٥٠٢، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين ٦/ ٤٩٧.

غالباً، أو أن العقد يرد على المنافع المقدرة في الأبدان[١].

د- شركة المحترفة: مأخوذة من الحرفة، وهو الاكتساب، سميت بذلك لأنها تقوم على احتراف الصانع لصناعته وعمله، فهي غالباً ما تكون بين أهل الحرف[٢].

هـ- شركة التقبل: سميت بهذا الاسم من قبول أحد الشريكين العمل، وإلقائه على صاحبه، ولأن الشريكين يتقبلان العمل من الناس، ويتعهدان به لهم[٣].

المطلب الثاني: مشروعية شركة الأعمال

اختلف الفقهاء في جواز شركة الأعمال على قولين:

القول الأول: ذهب جمهور الفقهاء الحنفية، والمالكية، والشافعية في وجه ضعيف، والحنابلة[٤] إلى جواز شركة الأعمال، وإن اختلفوا في بعض أحكامها. واستدلوا بما يلي:

١- قوله تعالى: ﴿وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنَ الْخُلَطَاءِ لَيَبْغِي بَعْضُهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ﴾ [ص: ٢٤] . فهذه الآية تدل بعمومها على جواز شركة الأعمال، لأن المراد بالخلطاء في الآية الشركاء[٥]. والآية لم تحدد نوع الخلطاء فيدخل فيها خلطاء شركة الأعمال.

٢- قوله ﷺ: " إن الله تعالى يقول: أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهم

---

(١) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين ٦/ ٤٩٧، الدسوقي، حاشية الدسوقي٥/ ٢٣، ابن حزم، المحلى ٨/ ٢٦٠.

(٢) الحصكفي، الدر المنتقى ٢/ ٥٦٠، النووي، روضة الطالبين ٣/ ٥٠٩.

(٣) الهروي، فتح باب العناية ٢/ ٥٣٢، الكليبولي، مجمع الأنهر٢/ ٥٥٦.

(٤) الزيلعي، تبيين الحقائق٤/ ٢٥٠، الخرشي، شرح الخرشي٦/ ٣٥٩، النووي، روضة الطالبين٣/ ٥١٢، البهوتي، كشاف القناع ٣/ ٥٢٧.

(٥) الجصاص، أحكام القرآن ٥/ ٢٥٥، ابن الجوزي، زاد المسير ٧/ ١٢١.

صاحبه، فإذا خانه خرجت من بينهما"[١]. فهذا الحديث يدل على مشروعية شركة الأعمال، لأنه جاء عام في جميع الشركات.

٣- ما روى عن أبي عبيدة بن عبد الله عن عبد الله قال: " اشتركت أنا وعمار، وسعد فيما نصيب يوم بدر، قال: فجاء سعد بأسيرين، ولم أجيء أنا وعمار بشيء"[٢].

وجه الدلالة: أن مثل هذا الاشتراك لا يخفى على رسول الله ﷺ، وخاصة مع قلة الصحابة يوم بدر، وعلمه بذلك مع عدم إنكاره يعتبر إقراراً لهم على ذلك فيدل على إباحته، وهم إنما استحقوا نصيبهم من هذه الشركة بالعمل دون غيره[٣].

٤- أن الناس يتعاملون بهذه الشركة في سائر الأمصار من زمن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا من غير أن ينكر ذلك أحد، وقد قال النبي ﷺ: " لا تجتمع أمتي على ضلالة"[٤]، فيكون هذا إجماعاً سكوتياً[٥].

٥- أن شركة الأعمال تتضمن الوكالة، وتوكيل كل من الشريكين للآخر بتقبل العمل صحيح، وصحة الوكالة وجوازها يدل على صحة الشركة بالأعمال، لأن المشتمل على الجائز جائز.

ولأن الأصل في العقود الصحة، حتى يقوم دليل يدل على الفساد، ولا دليل يدل على فساد شركة الأعمال[٦].

---

(١) أبو داود، سنن أبي داود، كتاب البيوع، باب في الشركة، ح(٣٣٨٣)، البيهقي، السنن الكبرى، كتاب الشركة، باب الأمانة في الشركة وترك الخيانة، ح (١١٢٠٦)، الحاكم، المستدرك، كتاب البيوع، ح(٢٣٢٢)، قال الحاكم: وهذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه.

(٢) أبو داود، سنن أبي داود، كتاب البيوع، باب في الشركة على غير رأس المال، ح(٣٣٨٨)، ابن ماجه، سنن ابن ماجه، كتاب التجارات، باب الشركة والمضاربة، ح(٢٢٨٨).وقال الألباني: ضعيف.

(٣) ابن قدامة، المغني ٥/ ٣.

(٤) الحاكم، المستدرك، كتاب العلم، ح (٣٩٢). وقال الألباني :ضعيف جدا

(٥) السرخسي، المبسوط ١١/ ١٦٧، الكاساني، بدائع الصنائع٧/ ٥٠٦.

(٦) الكاساني، بدائع الصنائع٦/ ٥٠٦، ابن رشد، بداية المجتهد٢/ ٢٥٥، ابن قدامة، المغني٥/ ٣، الشوكاني، نيل الأوطار ٥/ ٢٩٣.

القول الثاني: ذهب الشافعية، والظاهرية، وزفر في رواية[1] عنه إلى عدم جواز شركة الأعمال، وتكون باطلة في حال وقوعها. واستدلوا بما يلي:

١- قوله تعالى: ﴿وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا﴾ [الأنعام: ١٦٤]، وقوله: ﴿لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا ٱكْتَسَبَتْ﴾ [البقرة: ٢٨٦].

وجه الدلالة: أن هاتين الآيتين تدلان على بطلان شركة الأعمال، حيث إنهما تبينان أن كل إنسان يختص بما يكسب، وهذا عام في أمور الآخرة والدنيا، ولم يأت دليل من القرآن، أو السنة بالتخصيص[2]. فكل من الشريكين يكون له كسب يده دون صاحبه، لأنه كسبه، وهو مختص به، فلا تقع الشركة بينهما[3].

٢- قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩].

٣- قوله ﷺ:" إن أموالكم ودماءكم عليكم حرام"[4].

وجه الدلالة من النصين مبني أنه لا يجوز دفع مال الإنسان إلى آخر من دون وجه حق، وإلا كان هذا حراماً وباطلاً، ودفع جزء كسب شخص في شركة الأعمال إلى آخر باطل، لأن هذه الشركة لم يرد بها نص من قرآن، أو سنة، وهي ليست تجارة أصلاً، فهي تعتبر أكل مال بالباطل[5].

٣- عن عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال:" كل شرط ليس في كتاب الله

---

(١) الشربيني، مغني المحتاج ٣/ ٢٢٣، الإقناع ٢/ ٩٢، ابن حزم، المحلى ٨/ ٢٦٠، الزيلعي، تبيين الحقائق ٤/ ٢٥١.

(٢) ابن حزم، المحلى ٨/ ٢٦٠.

(٣) الزيادات، شركة الأعمال وأحكامها في الفقه الإسلامي، ص ٩٨.

(٤) البخاري، صحيح البخاري، كتاب الحج، باب الخطبة أيام منى، ح(١٦٥٤)، مسلم، صحيح مسلم، كتاب الحج، باب حجة النبي ﷺ، ح (١٢١٨).

(٥) ابن حزم، المحلى ٨/ ٢٦٠.

تعالى فهو باطل"[١].

وجه الدلالة: أن هذا العقد وما تضمنه من شروط لم يرد في كتاب الله تعالى جوازه، فوجب أن يكون باطلاً[٢].

٤- نهى النبي ﷺ عن بيع الغرر[٣].

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ نهى عن بيع الغرر، فيقاس عليه كل عقد يشتمل على غرر، وشركة الأعمال عقد يشتمل على الغرر، للجهالة في العمل، لأنه لا ينضبط، فقد يعمل أحدهما ولا يعمل الآخر، وقد يعمل أحدهما أقل من الآخر، فإذا ثبت الغرر فيها، ثبت النهي عنها، وإذ ثبت النهي عنها، تبين بطلانها[٤].

٥- أن الشركة تنبئ عن الاختلاط، وهو شرط معتبر لجوازها، وبدونه لا تنعقد، ولا يتحقق الخلط إلا بالأموال التي شرعت الشركة في استنمائها، وشركة الأعمال لا يوجد فيها ذلك، وإنما تعتمد على الجهد البدني، وبذلك لا يتم وجود الشركة لعدم تحقق الشرط فيها، وهو الخلط الذي لا يكون إلا في الأموال، وإذا انتفى الاختلاط فيها، كان كل منهما متميزاً ببدنه، ومنافعه، فاختص بفوائده[٥].

والراجح في هذه المسألة هو القول الأول القائل بجواز شركة الأعمال، لقوة أدلة المجيزين، ولأن هذه الشركة ضرورة لابد منها، إذ لو قلنا بمنعها لأدى ذلك إلى تعطيل كثير من أعمال الناس التي تعارفوها من غير نكير، ولفاتت المصلحة عليهم، والتعاون على الخير مطلوب، لقوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ﴾ [المائدة: ٢].

---

(١) البخاري، صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب البيع والشراء مع النساء، ح(٢٠٤٧)، مسلم، صحيح مسلم، كتاب العتق، باب الولاء لمن أعتق، ح (١٥٠٤).

(٢) ابن حزم، المحلى ٨/ ٢٦٠.

(٣) مسلم، صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب بطلان بيع الحصاة والبيع الذي فيه غرر، ح(١٥١٣).

(٤) الماوردي، الحاوي ٦/ ٤٧٩، الشربيني، مغني المحتاج ٣/ ٢٢٣.

(٥) الشربيني، الإقناع ٢/ ٩٢.

وقد أخذ القانون المدني الأردني بشركة الأعمال وأقرها، وأقر لها قانوناً خاصاً بها في المواد (٦١١-٦١٨).

المطلب الثالث: أركان شركة الأعمال وشروطها

أركان شركة الأعمال خمسة: المتعاقدان، والصيغة، والمحل.

وهذه الأركان الخمسة يتوقف عليها تحقق شركة الأعمال، وإن فقد أحدها لم توجد الشركة، ويكون العقد فاسداً.

والمقصود بالعاقدين: الشريكان، أو الشركاء عند التعدد.

والصيغة: الإيجاب والقبول، وهي كل لفظ يفيد انعقاد الشركة، ويدل على المعنى المقصود.

والمحل: وهو ما يقع عليه التعاقد، ويظهر فيه أثر العقد وأحكامه، والتعاقد يقع على تقبل العمل، واقتسام الربح.

ولا تختلف شركة الأعمال عن غيرها من العقود في الشروط العامة لانعقاد العقد، وهي المتعلقة بأهلية العاقدين، والمحل، والصيغة، فهي من هذه الناحية كشروط البيع، والوكالة ونحوها، ولهذا لن نتطرق إليها هذا المبحث.

أما الشروط الخاصة بصحتها، فهي التي تتعلق بمحل العقد: العمل، والربح، وهذا الذي سوف نتطرق إليه في هذا المبحث.

الركن الأول: العمل :

يعد العمل عنصراً أساسياً في الشركات، لأنه هو السبيل إلى الربح الذي هو مقصود الشركة، فالربح لا يتحصل إلا بالعمل، ولهذا أهتم به الفقهاء، ووضعوا له شروطاً، لا تصح الشركة إلا بها. وهذه الشروط هي:

١- أن يكون العمل العنصر الرئيس في الشركة: يشترط لصحة شركة الأعمال أن يكون العمل هو المكون الرئيس من كلا الطرفين، خلافاً لبقية الشركات الذي يكون فيها العمل تبعاً ورأس المال هو العنصر الأساسي فيها.

فشركة الأعمال قوامها العمل، فكلما كان طرفا العقد أكثر إتقاناً وجودة في العمل، كانا أكثر قدرة على تحصيل الربح، فالربح فيها مرتبط بالعمل بشكل مباشر، ويعبر عنه الفقهاء بالأجر، أو الكسب، لأن الربح يكون من جنس رأس المال، ورأس المال في شركة الأعمال يتمثل في العمل، وما يتحصل من العمل يكون كسباً[١]، أو أجرة[٢].

وطرفيا العقد في الغالب هم من الصناع، وأصحاب الحرف، كالخياطين والنجارين، الذين يعتمدون على مهاراتهم اليدوية، وقدراتهم البدنية في معاشهم.

ولا يمنع من احتياج شركة الأعمال إلى الآلات، أو المال للقيام بالشركة، وشراء ما يحتاج إليه من أدوات ومعدات، وهذا لا يخرجها عن كونها شركة أعمال، لأن المال في هذه الحالة يكون تبعاً للعمل. بدليل أن الرجوع في توزيع الربح في حال فساد الشركة إلى ضمان كل منهما للعمل، لا إلى ما قدمه كل منهما من مال[٣].

قال العدوي رحمه الله تعالى: (فإن احتاجا مع الصنعة إلى مال، أخرج كل بقدر عمله لا أزيد حيث كان القصد الصنعة لا المال)[٤].

ولا يشترط في الأموال أو الآلات التي قد يحتاج إليها لقيام الشركة، أن تكون

---

(١) الكاساني، بدائع الصنائع ٦/ ٦٣، النووي، روضة الطالبين٣/ ٥٠٩، ابن قدامة، المغني ٥/ ٥.
(٢) الدسوقي، حاشية الدسوقي ٣/ ٣٦١.
(٣) الكليبولي، مجمع الأنهر٢/ ٥٦٤، الخرشي، حاشية الخرشي٦/ ٣٦٧، البهوتي، شرح منتهى الإرادات٢/ ٢٣١.
(٤) حاشية العدوي ٢/ ٢٦٥.

مقدمة من الشريكين، أو أحدهما، وإن قدمت منهما لا يشترط فيها التساوي، أو التفاوت، أو التناسب مع قدرة عمل كل منهما. فتصح الشركة إذا قدم أحدهما المال، والآخر العمل، كأن يدفع أحدهما دابة إلى الآخر يعمل عليها، وما رزقه الله فهو بينهما، لأن شركة الأعمال تقوم على التعاقد على العمل وتقبله، فمتى حصل ذلك حصلت الشركة، ولا تحتاج إلى شيء آخر لتمامها، كالاشتراك في آلة العمل[1].

وقد ذهب القانون المدني الأردني في المادة (٦١٧) إلى عدم اشتراط التكافؤ بين ما يجب على كل من الشريكين من عمل، وما يجب عليه من مال، حتى ولو كان المال المتمثل في المكان، والآلات والأدوات من طرف، والعمل من الطرف الآخر، فنص إلى أنه: (تجوز شركة الأعمال على أن يكون المكان من بعض الشركاء، والآلات والأدوات من الآخرين، كما يجوز أن يكون المكان والآلات والأدوات من بعضهم، والعمل من الآخرين).

٢- أن يكون العمل الذي تقبله الشريكان، أو أحدهما على كل منهما القيام به: فهو لازم لكليهما، ولا يشترط أن يكون العمل عليهما بالتساوي، بل يجوز أن يكون بينهما على التفاوت، كأن يتعهد أحدهما بثلث العمل، والآخر بثلثيه[2].

وقد أخذ القانون المدني الأردني بهذا الشرط، حيث نص في المادة (٦١٢) على أنه: (يلتزم كل من الشركاء بأداء العمل الذي تقبله، وتعهده أحدهم).

ولا يشترط أن يقوم كل شريك بأداء حصته من العمل بنفسه، سواء المتقبل للعمل منهما، أو شريكه، بل من الممكن أن يؤديها عنه شريكه، أو أن يستنيب

---

(١) ابن الهمام، شرح فتح القدير٦/ ١٨٠، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين٦/ ٥٠٤، ابن مفلح، المبدع٤/ ٣٨٨.

(٢) السرخسي، المبسوط١١/ ٢٣٤، الخرشي، شرح الخرشي٦/ ٣٦٠، الرحيباني، مطالب أولي النهى٣/ ٥٤٨.

من يقوم بالعمل عنه من معين، أو أجير، مادام أن المتعاقد عليه مطلق العمل، لا عمل المتقبل بنفسه، أو شريكه[1]، وذلك مثل أعمال تشطيبات الأبنية، من أعمال الكهرباء، وتمديد المياه وغير ذلك. أما إذا اشترط صاحب العمل على أحد الشريكين أن يؤدي العمل بنفسه، فليس له أن يدفعه إلى شريكه، أو إلى غيره.

وقد أخذ القانون المدني الأردني بهذا الشرط، حيث نص في المادة (٦١٣) على أنه: (لا يجبر الشريك على إيفاء ما تقبله من العمل بنفسه، فله أن يعطيه إلى شريكه، أو إلى آخر من غير الشركاء، إلا إذا شرط عليه صاحب العمل أن يقوم به بنفسه).

وقد اختلف الفقهاء في حكم انفراد أحد الشريكين بالعمل بالنسبة للشريكين على ثلاثة أقوال:

أ- ذهب الحنفية، والحنابلة[2] إلى أن ترك أحد الشريكين العمل، وانفراد الآخر به، لا يؤثر على صحة الشركة، ويستحق التارك نصيبه من الكسب، وفق ما تشارطا عليه، دون تفرقة بين ترك العمل مدة طويلة، أو تركه مدة قصيرة، ودون تفرقة بين إذا ما كان الترك لعذر نحو سفر، أو مرض، أو لم يكن لعذر.

وأوجب الحنابلة على من ترك العمل لعذر أن يقيم مكانه من يقوم بنصيبه من العمل، إذا طلب شريكه ذلك منه، وإلا كان له فسخ العقد[3].

ب- ذهب المالكية[4] إلى التفريق بين ترك العمل مدة قصيرة، وبين ترك العمل

---

(١) ابن الهمام، شرح فتح القدير٦/ ١٧٣، نظام، الفتاوى الهندية٢/ ٣٤٢، البهوتي، كشاف القناع ٣/ ٥٢٧، ابن مفلح، المبدع ٤/ ٣٨٧، الزيادات، شركة الأعمال، ص ٢٥٧.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع٧/ ٥٤٣، البهوتي، كشاف القناع ٣/ ٥٢٨.

(٣) البهوتي، شرح منتهى الإرادات٢/ ٢٣٠، ابن مفلح، المبدع ٤/ ٣٨٧، الرحيباني، مطالب أولي النهى٣/ ٥٤٩.

(٤) الحطاب، مواهب الجليل ٧/ ٩٨، الدسوقي، حاشية الدسوقي٥/ ٢٧، الخرشي، حاشية الخرشي ٦/ ٣٦٥.

مدة طويلة، دون النظر فيما إذا كان الترك بعذر، أو بدون عذر.

فإذا ترك العمل بسبب غياب، أو مرض مدة قصيرة كيوم، أو يومين، فهذا لا اعتبار له، ويكون بحكم الحاضر، وبالتالي فإن ما يعمله الشريك الآخر يكون كسبه بين الشريكين[١]. أما إذا كانت المدة طويلة: فإذا اشترط في عقد الشركة إلغاء ترك العمل مدة طويلة، سواء أكان الترك بسبب المرض، أم الغيبة، فإن الشركة تكون فاسدة، ويكون ما اجتمعا عليه بينهما، وما انفرد به أحدهما يكون له على الخصوص[٢]. أما إذا لم يشترط إلغاء ترك العمل في العقد، فإن ترك العمل بعد تقبل العمل، وانفرد الشريك الآخر، يكون الكسب بينهما، ويرجع العامل بنصف أجرة المثل على غير العامل، فمثلاً: لو تقبلا عملاً بعشرة دنانير، فغاب أحد الشريكين، فانفرد الآخر بالعمل، وكانت أجرة مثل عمله أربعة دنانير، فتكون العشرة بينهما، ويرجع العامل على غير العامل بدينارين ونصف، هي نصف أجرة المثل، وحاصله أن يختص بأربعة دنانير، وتقسم الستة الباقية بينهما. أما إذا ترك العمل قبل تقبل العمل، فيختص به العامل دون الغائب، أو المريض[٣].

ج- ذهب الحنابلة في وجه[٤] إلى أن ترك أحد الشريكين العمل إذا كان بعذر فإنه لا يؤثر على صحة الشركة، ويستحق التارك نصيبه من الكسب، وإذا كان بغير عذر فلا يشاركه فيما كسبه حال غيبته.

والراجح هو القول الأول القائل بأن التارك للعمل يستحق الربح المشروط له من الكسب، سواء ترك العمل لفترة قصيرة، أم طويلة، لأن أسباب استحقاق الربح هو

---

(١) القرافي، الذخيرة ٦/ ٣٩٨، الصاوي، بلغة السالك ٣/ ٣٠٣.

(٢) مواهب الجليل ٧/ ١٠٠، الخرشي، حاشية الخرشي ٦/ ٣٦٥.

(٣) الدسوقي، حاشية الدسوقي ٥/ ٢٧، الصاوي، بلغة السالك٣/ ٣٠٣، عليش، شرح منح الجليل ٣/ ٣١١.

(٤) ابن قدامة، المغني ٥/ ٦، المرداوي، الإنصاف ٥/ ٤١٧.

ضمان العمل، لا ذات العمل، وهذا يستوجب استحقاق الربح سواء أكان تقبل العمل قبل ترك العمل، أم بعده، لأن ضمان العمل بالتقبل، وكل من الشريكين حين يقبل العمل يتقبله أصالة عن نفسه، ووكالة عن شريكه.

وقد أخذ القانون المدني الاردني في المادة (٦١٥) بالقول الثالث، حيث نص على أن الشركاء: (يستحق كل منهم حصته من الربح ولو لم يعمل) .

٣- أن يكون العمل مما يقبل الاستحقاق بالإجارة: لأن شركة الأعمال تقوم على تقبل العمل، وتقبل العمل هو العلاقة بين طرفي الشركة من جهة، والشخص المتقبل منه (صاحب العمل) من جهة أخرى، وهذه العلاقة لا تخرج عن كونها عقد إجارة بين التقبل والمتقبل منه، لأن التقبل يعني التزام العمل للغير وضمانه له. لذا عبر الفقهاء عما يتقاضاه الشريكان من رب العمل ويقتسمانه بينهما باعتباره مقصود الشركة التي بينهما بالأجر، ولا تكون أجرة إلا إذا كان العقد بين طرفي الشركة من جهة، والطرف الآخر من جهة أخرى عقد إجارة.

ولكي يكون العمل مما يقبل الاستحقاق بالأجرة، فلا بد أن يتوافر فيه شرطان، هما:

أ- أن يكون العمل مباحاً: كالتطبيب، والتعليم، والزراعة، والخياطة ونحو ذلك، فإن كان العمل غير مباح شرعاً، كالاشتراك في تأسيس فرقة للرقص والترفيه في النوادي الليلية، فإن الشركة لا تصح، لأنه يشترط فيما يستحق بالإجارة أن يكون مقدور التسليم، والعمل غير المشروع يكون غير مقدور التسليم شرعاً، وبالتالي لا يستحق بالإجارة، وما لا يستحق بالإجارة، لا يصلح أن يكون محلاً لعقد شركة الأعمال[1].

---

(١) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين٧/ ٤٩٨، ابن نجيم، البحر الرائق٥/ ٣٠٢، نظام، الفتاوى الهندية ٢/ ٣٤٣.

قال الزيلعي رحمه الله تعالى: (لأن المعصية لا يتصور استحقاقها بالعقد، فلا يجب عليه الأجر من غير أن يستحق هو على الأجير شيئاً، إذ المبادلة لا تكون إلا باستحقاق كل واحد منهما على الآخر، ولو استحق عليه للمعصية، لكان ذلك مضافاً إلى الشارع من حيث إنه عقد موجب للمعصية، تعالى الله عن ذلك علواً كبيراً)[١].

ب- أن يكون العمل قابلاً للوكالة: لأن شركة الأعمال مبنية على الوكالة، فكل من طرفي عقد الشركة وكيل عن الطرف الآخر في تقبل العمل، ليكون ما يحصله كل واحد منهما من كسب مشتركاً بينهما، فيحصل لمحصله بطريق الأصالة، ولشريكه بطريق الوكالة، ولو لم يكن كل منهما وكيلاً عن شريكه في بعض ما تقبله، وأصيلاً عن نفسه في الجزء الآخر، لم يتحقق مقصود شركة الأعمال، وهو الاشتراك بما استفاداه، لاختصاص كل منهما بما تقبله[٢].

٤- اتحاد العمل ومكانه: اختلف الفقهاء في هذا الشرط على قولين:

أ- ذهب الحنفية، والحنابلة[٣] إلى عدم اشتراط اتحاد العمل، أو مكانه في شركة الأعمال، فتصح الشركة بين طبيب ومهندس، أو خياط ونجار، ويكون عمل الطبيب في بلدة، والمهندس في بلدة أخرى، فلا يشترط أن يكون كل من طرفي الشركة عالماً بالعمل الذي يتم تقبله، إذ إن المهندس ليس عالماً بعمل الطبيب، ومع هذا الشركة بينهما صحيحة. وذلك قياساً على شركة الأموال، فكما أن شركة الأموال تجوز بالمالين المختلفين، فشركة الأعمال تجوز بالعملين المختلفين[٤]، ولأن المعنى المجوز لشركة الأعمال كون المقصود هو تحصيل الربح بالتوكيل بتقبل العمل،

---

(١) تبيين الحقائق ٦/ ١١٨.

(٢) الزيلعي، تبيين الحقائق٤/ ٢٣٥، ابن نجيم، البحر الرائق٥/ ٣٠٢، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين ٦/ ٤٧٤.

(٣) المرغيناني، الهداية ٣/ ١٠، المرداوي، الإنصاف ٥/ ٤١٧، ابن مفلح، المبدع٤/ ٣٨٧.

(٤) الكاساني، بدائع الصنائع ٧/ ٥٢٢.

والتوكيل بتقبل العمل صحيح، سواء أكان العمل متحداً، أم مختلفاً، وسواء أكان بمكان، أو أكثر[١].

ب- ذهب زفر من الحنفية، والمالكية، وبعض الحنابلة[٢] إلى اشتراط اتحاد العمل ومكانه، فلا تصح الشركة بين طبيب ومهندس، أو خياط ونجار، لاختلاف عمل، أو مهنة كل منهما. وكذا لا تصح إذا كان مكان عملهما مختلفاً، وإن اتحد العمل. لأن مقتضى شركة الأعمال أن ما يتقبله كل واحد منهما يلزمه ويلزم شريكه، ويكون شريكه مطالباً به مثله، فإذا اختلفت صنعة كل منهما، وتقبل أحدهما عملاً، كان صاحبه عاجزاً عن القيام به، لاختلاف صنعته عن صنعة شريكه، فكيف يلزمه، وهو غير قادر عليه، ويكون مطالباً به، ولأن مبنى شركة الأعمال على التعاون، ولا تعاون مع اختلاف الصنعة، أو مكان العمل[٣].

والراجح هو جواز شركة الأعمال مع اختلاف العمل، ومكانه، لأن الأصل في العقود وما يتصل بها الإباحة، ولأن الشركة قائمة على الوكالة المتبادلة بين طرفي الشركة، والوكالة كما تجري بين متحدي العمل، تجري كذلك بين مختلفيه، كما أن استحقاق الشريكين للربح يكون بضمانهما العمل، وضمان العمل يصح من الشريكين سواء أكانا متحدين في العمل، أو مختلفين فيه.

(١) ابن الهمام، شرح فتح القدير٦/ ١٧٣، الزيلعي، تبيين الحقائق٤/ ٢٥١.

(٢) السرخسي، المبسوط١١/ ١٦٧، التسولي، البهجة٢/ ٣٠٣، ابن مفلح، المبدع٤/ ٣٨٧.

(٣) السرخسي، المبسوط ١١/ ١٦٧، القرافي، الذخيرة ٦/ ٣٩٢، ابن قدامة، المغني ٥/ ٥.

الركن الثاني: الربح:

يعتبر الربح هو المقصد من الاشتراك في العمل، بل إن التعاقد كما يرد على الاشتراك في التقبل والعمل، فإنه يرد كذلك على اقتسام الربح، ولهذا اهتم به الفقهاء، ووضعوا له شروطاً، لا تصح إلا بها. وهذه الشروط هي:

١- أن يكون ربح كل من طرفي الشركة معلوماً: يشترط لصحة الشركة أن يكون الربح معلوماً، لأنه هو المقصود من الشركة، والجهالة تؤدي إلى المنازعة، ولابد أن يكون الربح جزءاً شائعاً معلوماً بالنسبة، كأن يكون مناصفة، أو يأخذ أحدهما الثلث، والآخر الثلثين وهكذا(١)، وإذا سكت العاقدان عن ذكر الربح، بطل العقد، لأنه يؤدي إلى جهالة الربح، وهذا بدوره يؤدي إلى الخصومة والنزاع بين الطرفين، وهذا عند الحنفية والحنابلة(٢). أما المالكية الذين يشترطون التناسب بين حصة كل شريك من الربح، ومقدار عمله، فلا يشترطون ذكر الربح، لأن الربح يوزع وجوباً على حصة كل من طرفي الشركة من العمل، فيكون الربح معلوماً بعلم العمل(٣).

٢- ألا يؤدي شرط الربح إلى قطع الشركة فيه: كأن يشترط أحدهما مبلغاً معيناً من الدراهم أو الدنانير، كمائة درهم، أو ألف دينار، أو أن يشترط أحدهما مائة درهم مع ثلث الربح، لأن ذلك يؤدي إلى انقطاع الاشتراك في الربح، فالشركة قد تربح هذه المائة، أو أقل، فيختص بها من اشترطها دون غيره من الشركاء، أي أن الشركة قد تربح أكثر من ذلك فيتضرر من شرط له ذلك، أو أن الشركة تربح أقل من ذلك فيتضرر شريكه وهذا مخالف لموضوع الشركة، أو المقصد من تكوينها(٤).

---

(١) الكاساني، بدائع الصنائع٧/ ٥٠٩، ابن مفلح، المبدع ٤/ ٣٥٨.

(٢) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين٦/ ٤٩٧، البهوتي، كشاف القناع٣/ ٤٩٨.

(٣) الخرشي، شرح الخرشي ٦/ ٣٤٩، عليش، شرح منح الجليل ٣/ ٣٠٦.

(٤) الكاساني، بدائع الصنائع ٧/ ٥٠٩، ابن الهمام، شرح فتح القدير٦/ ١٧٠، ابن مفلح، المبدع٤/ ٣٥٨.

ومثله لو شرط لأحدهما إحدى السفرتين، أو ربح شهر معين، لأنه قد لا يحصل من الربح إلا تلك السفرة، أو ربح ذلك الشهر، فيختص به من شُرط له دون صاحبه[١].

وبناء على ذلك أن أي شرط في الربح يؤدي إلى جهالته، أو انقطاع الشركة فيه تكون نتيجته فساد العقد، لأنه لم يتحقق مقصود الشريكين، أو أحدهما من دخوله في هذه الشركة[٢].

المطلب الرابع: أحكام الضمان

أولاً: ضمان التزام العمل: العلاقة بين الشركاء وصاحب العمل هي علاقة إجارة، يستأجر صاحب العمل بمقتضاه طرفي شركة الأعمال، لإنجاز عمل ما، كأن يتعاقد شخص مع أحد شريكي الأعمال على إصلاح جهاز كهربائي.

والإجارة من العقود اللازمة[٣]، فالعامل ملزم بإنجاز ما تم الاتفاق عليه من عمل، وصاحب العمل ملزم في المقابل في دفع ما استوجب عليه من أجر.

وكل من يتقبل عملاً يتقبله أصالة عن نفسه، ووكالة عن شريكه، وهذا يقتضي أن كلاً من الشريكين ملتزم بجزء من العمل، فالمتقبل ملتزم بما تقبله أصالة، وشريكه ملتزم بما تقبله عن صاحبه وكالة[٤]. وبالتالي فإن الشريكين كالشخص الواحد، فكل واحد منهما ملتزم بجميع ما تقبله أحدهما من عمل، فالعلاقة بينهما علاقة تضامنية، أي أن كلاً من الشريكين ضامن لمقدار معين من العمل، سواء تقبله بطريق الأصالة، أو بطريق الوكالة، وضمانهم ضمان الصناع في مصنوعهم. وكل

---

(١) البهوتي، كشاف القناع ٣/ ٤٩٨، ابن مفلح، المبدع ٤/ ٣٥٨.

(٢) نظام، الفتاوى الهندية ٢/ ٣٢٠.

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع٦/ ٣٦، الدسوقي، حاشية الدسوقي٥/ ٣٣٤، ابن مفلح، المبدع٤/ ٤٢٠.

(٤) ابن الهمام، شرح فتح القدير٦/ ١٧٣.

شريك وكيل عن شريكه في تقبل الأعمال وضامن له، وبهذا الضمان استحق كل منهما الربح[١]. لأن العمل في شركة الأعمال يقابل الثمن في شركة الأموال، فكما أن الشريك في شركة الأموال يرجع على صاحبه بالثمن، فكذا في شركة الأعمال فإن الشريك يرجع على شريكه بالعمل، ولا يمكن الرجوع إلا قبل العمل، لأنه لو أخر الرجوع إلى ما بعد العمل لسقط هذا الحق، إذ لا يمكن ضمان العمل بعد الفراغ منه، بخلاف الثمن[٢]. ولأن مبنى شركة الأعمال على الضمان، فكأنها تضمنت ضمان كل واحد منهما عن الآخر ما يلزمه[٣].

وقد أخذ القانون المدني الأردني بهذا في المادة (٦١٥)، فنص على أن: (الشركاء متضامنون في إيفاء العمل). وفي المادة (٦١٢) بيان أثر هذا التضامن، إذ تنص على: (١- يلتزم كل من الشركاء بأداء العمل الذي تقبله، وتعهدهم أحدهم. ٢- ويحق لكل منهم اقتضاء الأجر المتفق عليه، وتبرأ ذمة صاحب العمل بدفعه إلى أي منهم).

ثانياً: ضمان الجناية: كل واحد من الشريكين أمين ومصدق فيما يدعيه من تلف، وما تلف في يد أحدهما من غير تعد أو تفريط كان من ضمانهما معاً، لأن كل واحد منهما ضمين على الآخر، ولأنهما مطالبان بالعمل على سبيل التضامن، فتكون جناية أحدهما كذلك، بالنسبة لصاحب العمل، فيتوجه بالمطالبة إلى أيهما شاء، فإذا كان أحدهما مفرطاً أو متعدياً، أو تحت يده على وجه يوجب الضمان عليه كمنع أو جحود، كان من ضمانه وحده لأنه متعد، ولصاحبه الرجوع عليه لتفريطه، أو تقصيره، ويبقيان كالشخص الواحد بالنسبة لصاحب العمل[٤].

وضمان الجناية بين الشريكين أخذ به القانون المدني الأردني، إذ نص في المادة

---

(١) الزيلعي، تبيين الحقائق٤/ ٢٥١، الحطاب، مواهب الجليل٧/ ٩٨، المرداوي، الإنصاف٥/ ٤١٦.

(٢) الزيلعي، تبيين الحقائق٤/ ٢٥١.

(٣) البهوتي، شرح منتهى الإرادات ٢/ ٢٢٩.

(٤) نظام، الفتاوى الهندية ٣/ ٣٤٢، ابن قدامة، المغني ٥/ ٦، البهوتي، كشاف القناع٣/ ٥٢٨.

(٦١٦) على أنه: (إذا تلف الشيء الذي يجب العمل فيه، أو تعيب بفعل أحد الشركاء، جاز لصاحب العمل أن يضمن ماله أي شريك شاء، وتقسم الخسارة بين الشركاء بقدر ضمان كل واحد منهم).

المطلب الخامس: ضوابط توزيع الربح والخسارة

أولاً: ضوابط توزيع الربح:

اختلف الفقهاء في ضوابط توزيع الربح على قولين:

١- ذهب الحنفية، والمالكية في قول مرجوح، والحنابلة(١) إلى أن توزيع الربح بين الشركاء على حسب الاتفاق في العقد، سواء اتفق هذا الشرط مع مقدار ضمان كل منهما للعمل، أم اختلف، وبالتالي يجوز أن يتفق الشريكان على أن يكون العمل عليهما مناصفة والربح كذلك، كما يجوز أن يكون العمل عليهما مناصفة، ولأحدهما ثلث الربح وللآخر الثلثان، أو العكس. واستدلوا بأدلة منها:

أ- قوله ﷺ: "المسلمون على شروطهم"(٢).

وجه الدلالة: نص الحديث على وجوب الوفاء بالشرط، والربح يستحق بالشرط، أي أن كلاً من الشريكين يستحق من الربح بقدر ما شرط له(٣).

ب- إن الكسب هو بدل العمل، والعمل يقدر بالتقويم، أي بحسب التراضي، فيكون ما جعل لكل منهما قد وقع عليه التراضي بأن يكون بدل عمله، فلا يحرم، ولأن العمل متفاوت، فقد يكون أحد الشريكين أحذق في عمله من الآخر، فيجوز أن يشترط له زيادة في الربح(٤).

---

(١) ابن الهمام، شرح فتح القدير٦/ ١٧٣، التسولي، البهجة٢/ ٣٠٣، ابن قدامة، المغني٥/ ٢٠.

(٢) أبو داود، سنن أبي داود، كتاب الأقضية، باب في الصلح، ح(٣٥٩٤)، الترمذي، سنن الترمذي، كتاب الأحكام، باب ما ذكر عن النبي ﷺ في الصلح بين الناس، ح(١٣٥٢)، قال الترمذي: وهذا حديث حسن صحيح.

(٣) السرخسي، المبسوط ١١/ ١٧٠.

(٤) ابن الهمام، شرح فتح القدير ٦/ ١٧٤، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين٦/ ٤٩٩، ابن البزاز، الفتاوى البزازية ٦/ ٢٣٠، الكليبولي، مجمع الأنهر ٢/ ٥٦١.

٢- ذهب المالكية في المشهور، وزفر من الحنفية[١] إلى أن توزيع الربح يجب أن يكون وفقاً لما على كل من الشريكين من عمل، وإلا اعتبرت الشركة فاسدة، وبالتالي إذا دخل الشريكان على أن يكون العمل عليهما مناصفة، فلابد أن يكون الربح كذلك، وإذا دخلا على أن يكون ربح أحدهما الربع، والآخر ثلاثة أرباع، فلابد أن يكون العمل عليهما بهذه النسبة. واستدلوا بأدلة منها:

أ- أن استحقاق الربح بالضمان، والضمان يقدر بالعمل، فتكون الزيادة على حصته من العمل ربح ما لا يضمن، وقد نهى النبي ﷺ عن ربح ما لم يضمن[٢].

ب- القياس على شركة الوجوه، فكما أن الربح في شركة الوجوه يوزع وفق ضمان كل من الشريكين، فكذا في شركة الأعمال يكون توزيع الربح وفق ضمان العمل[٣].

والراجح هو القول الأول في توزيع الربح بين الشريكين حسب الاتفاق، لأن كلاً من الشريكين وإن كان ضامناً لجزء من العمل بمقتضى عقد الشركة، إلا أنه ضامن لكل العمل من الناحية العملية، إذ أن لصاحب العمل أن يطالب كلا من الشريكين بكل العمل.

وقد أخذ القانون المدني الأردني بالقول الأول، فقد نص في المادة (٦١٤): (١- يقسم الربح بين الشركاء على الوجه المتفق عليه. ٢- ويجوز التفاضل في الربح، ولو اشترط التساوي في العمل).

---

(١) الدسوقي، حاشية الدسوقي٥/ ٢٤، الخرشي، حاشية الخرشي٦/ ٣٦٠، الكاساني، بدائع الصنائع ٧/ ٥١٩.

(٢) النسائي، سنن النسائي، كتاب البيوع، باب البيع إلى الأجل المعلوم، ح(٤٦٩)، الترمذي، سنن الترمذي، كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك، ح(١٢٣٤)، قال الترمذي: هذا حديث مرسل.

(٣) ابن الهمام، شرح فتح القدير٦/ ١٧٣، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين ٦/ ٤٩٩.

ثانياً: ضابط توزيع الخسارة:

إذا تقبل الشريكان عملاً معيناً، وكانا يحتاجان إلى بعض العمال، أو المعدات لإتمام العمل، فارتفعت أجور العمال، أو أثمان المعدات فأصبحت كلفة العمل أكثر من أجرهما الذي تم الاتفاق عليه في تقبل العمل، فإن هذه الخسارة تكون قد لحقت بهم، وتحمل هذه الخسارة يكون تابعاً لمقدار ما على كل منهما من العمل، فتكون الخسارة على قدر ضمان العمل، فلو شرطا العمل على أحدهما الثلث، وعلى الآخر الثلثان، فتكون ثلث الخسارة في حال حدوثها على الأول، وثلثاه على الشريك الثاني[١]. لأن الشركة تخلو من المال، وإن وجد فهو تابع للعمل ومتمم له، فيكون العمل هو رأس مال الشريكين، إلا أن العمل يقع في المستقبل فيكون مجهولاً، فأنيط الحكم بضمانه، فيكون مقدار ضمان كل من الشريكين من العمل يمثل حصته من رأس المال، والخسارة تكون تابعة لرأس المال، فتكون في شركة الأعمال تابعة لمقدار الضمان[٢].

وهذا ما أخذ به القانون المدني الأردني في المادة (٦١٦)، حيث نص على أن الخسارة تتعلق بضمان العمل، فيتحمل كل شريك منها بمقدار ما يضمن من عمل، إذ جاء فيها: (.... وتقسم الخسارة بين الشركاء بقدر ضمان كل واحد منهم).

---

(١) الكاساني، بدائع الصنائع٧/ ٥٤٤، المواق، التاج والإكليل ٧/ ٩٥.

(٢) الزيادات، شركة الأعمال، ص ٣٠٣.

المبحث الرابع

شركة الوجوه

المطلب الأول: تعريف شركة الوجوه

أولاً: تعريف الوجوه في اللغة:

الوجوه في اللغة: مأخوذة من الجاه والثقة، يقال: وجه فلان وجاهة، صار ذا قدر ورتبة، ورجل وجيه ذو وجاهة، وقد وجه الرجل بالضم صار وجيهاً، أي: ذا جاه وقدر، وأوجهه الله أي صيره وجيهاً(١).

ثانيًا: تعريف شركة الوجوه في الاصطلاح:

لقد أورد الفقهاء تعريفات لشركة الوجوه نذكرها كما يلي:

١- عرف الحنفية شركة الوجوه بأنها: أن يشترك الرجلان بغير رأس مال، على أن يشتريا بوجهيهما بالنسيئة ويبيعا(٢).

٢- وعرفها المالكية بأنها: هي الشركة على الذمم من غير صنعة ولا مال(٣).

٣- وعرفها الشافعية بأنها: أن يعقدا الشركة على أن يشارك كل واحد منهما صاحبه في ربح ما يشتريه بوجه(٤).

٤- وعرفها الحنابلة بأنها: أن يشترك اثنان فيما يشتريان بجاههما وثقة التجار بهما، من غير أن يكون لهما رأس مال، على أن ما اشتريا بينهما نصفين أو أثلاثاً أو

---

(١) ابن منظور، لسان العرب ١٣/ ٥٥٨، ابن فارس، معجم مقاييس اللغة ٢/ ١٠٨٣، إبراهيم، المعجم الوسيط٢/ ١٠١٥.

(٢) السرخسي، المبسوط ١١/ ١٦٣.

(٣) ابن رشد، بداية المجتهد ٢/ ٢٥١.

(٤) الشيرازي، المهذب١/ ٣٥٣.

أرباعاً، أو نحو ذلك، ويبيعان ذلك، فما قسم الله تعالى فهو بينهما[١].

وعرف القانون المدني الأردني في المادة (١/٦١٩) شركة الوجوه بأنها: عقد يتفق بمقتضاه شخصان أو أكثر على شراء مال نسيئة بما لهم من اعتبار، ثم بيعه على أن يكونوا شركاء في الربح.

يلاحظ أن تعريف القانون المدني الأردني قريب من تعريف الفقهاء.

المطلب الثاني: أسماء شركة الوجوه

أطلق الفقهاء على شركة الوجوه عدة أسماء، مشتقة من طبيعة الشركة، وهذه الأسماء هي:

١- **شركة وجوه:** اتفق الفقهاء على هذا الاسم، وهو الأغلب الشائع منها.

وسبب تسميتها بهذا الاسم: أن الشركاء يشترون السلع بوجوههم (بجاههم) من غير رأس مال، على أن يكون الربح بينهما بعد البيع، ولا يباع بالمؤجل إلا لوجيه من الناس، أي إن المشتركين يتعاملون فيها بما يتمتعون به من وجاهة ومكانة وثقة في السوق وبين التجار.

وهذه التسمية نص عليها القانون المدني الأردني في المادة (٦١٩)، حيث عرفها باسم شركة الوجوه ومن الفقهاء من أطلق عليها شركة الجاه، وميز بينها وبين الوجوه من حيث إن الجاه إذا كان لأحدهما سميت شركة الجاه، إما إذا كان الجاه لكليهما سميت شركة الوجوه، فهذا خلاف في العبارة[٢].

٢- **شركة ذمم:** سميت بذلك: لأن ما يشتريه الشريكان بالنسيئة يكون في ذمتهما إلى أجل، أو لاشتراك ذمتين، أو أكثر في الشراء. وهذا الاسم مشتهر

---

(١) ابن قدامة، المغني ٥/ ١٥.

(٢) الماوردي، الحاوي ٨/ ١٦٢.

عند المالكية[١].

٣- **شركة مفاليس**: سميت بذلك: لأن الشركة في معظم صورها المعتبرة شركة بين شركاء لا مال لهم أصلاً، أو لا مال لهم في الشركة، (شركة بلا رأس مال، ولو أن للشركاء مالاً خاصاً) فهي شركة تعمل بأموال دائنيها، لا بأموال شركائها[٢].

المطلب الثالث: حكم شركة الوجوه

اختلف العلماء في حكم هذه الشركة على قولين:

القول الأول: ذهب الحنفية، والحنابلة [٣] إلى جواز شركة الوجوه. واستدلوا بما يلي:

١- تبنى هذه الشركة على الضمان، ولذلك يكون استحقاق الربح بالضمان، فيكون بمقابلة الضمان خراج، فإذا كان ضمان المال على الشريكين كان خراجه (ربحه) لهما، لقول النبي ﷺ: (الخراج بالضمان)[٤].

٢- لأن عقد الشركة مبناها على الوكالة والكفالة، وكالة الشريكين لبعضهما في البيع والشراء، وكفالتهما لتأدية الثمن، وكلاهما جائز، والمشتمل على الجائز جائز[٥].

٣- تعامل الناس بهذه الشركة من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا من غير نكير[٦]، وقد قال رسول الله ﷺ:" لا تجتمع أمتي على ضلالة"[١].

---

(١) الحطاب، مواهب الجليل ٥/ ١٤١.

(٢) السرخسي، المبسوط ١١/ ١٥٢، المصري، شركة الوجوه، ص ١٩.

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع ٦/ ٩٢، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين٦/ ٩٥، ابن قدامة، المغني٧/ ١٢١، البهوتي، كشاف القناع ٤/ ٥٢٦.

(٤) النسائي، سنن النسائي، كتاب البيوع، باب الخراج بالضمان، ح(٣٠٨١).وقال الألباني: حسن.

(٥) البهوتي، شرح منتهى الإرادات ٢/ ٣٣٩.

(٦) السرخسي، المبسوط ١١/ ١٥٥.

٤- شركة الوجوه لم تشرع لتنمية المال، بل لتحصيل أصل المال، والحاجة إلى تحصيل أصل المال فوق الحاجة إلى تنميته، فلما شرعت لتحصيل الوصف فلأن تشرع لتحصيل الأصل أولى(٢).

القول الثاني: ذهب المالكية والشافعية (٣) إلى عدم جواز شركة الوجوه. واستدلوا بما يلي:

١- أن شركة الوجوه تشتمل على أنواع من الغرر والضرر، لأن كلا من الشركاء يعاوض صاحبه بكسب غير محدود بصناعة، ولا عمل مخصوص فلذلك تكون باطلة(٤).

٢- تقوم الشركة على المال أو العمل، وكلاهما معدومان في هذه الشركة، لأنها قامت على الذمم من غير صنعة ولا مال.

٣- إن الأصل عدم مشروعيتها، لأنها أكل المال بالباطل، وأخذ الربح بغير سبب شرعي.

٤- لا تجوز الشركة، لأنها من باب اضمني واضمنك، وأسلفني وأسلفك، فهو ضمان بجعل، وهو سلف جر منفعة، إذ أن كلاً من الشريكين كفيل عن الآخر (ضامن له)، والكفالة من عقود الإرفاق، فلا تجوز بأجر أو جعل، فكفيل المدين قد يطالب بالدين، فيؤول أجره على الكفالة إلى الربا(٥).

٥- إن كل ما يشتريه كل واحد منهما ملك له ينفرد به، فلا يجوز أن يشاركه غيره في ربحه، فعليه خسره وله ربحه(٦).

---

(١) ابن ماجه، سنن ابن ماجه، كتاب الفتن، باب السواد الأعظم، ح(٣٩٥٠).قال الألباني: ضعيف جدا.
(٢) الكاساني، بدائع الصنائع ٥/ ٧٦.
(٣) الدسوقي، حاشية الدسوقي ٣/ ٣٦٣، الشربيني، مغني المحتاج ٢/ ٢١٢.
(٤) ابن رشد، بداية المجتهد ٥/ ١٩٤.
(٥) القرافي، الذخيرة ٨/ ٤٨، الصاوي، بلغة السالك ٣/ ٣٦٢، المصري، شركة الوجوه، ص ٣٦.
(٦) الشيرازي، المهذب ١/ ٣٥٣، البجيرمي، حاشية البجيرمي ٣/ ٦١.

والراجح في هذه المسألة هو جواز شركة الوجوه لعموم قوله تعالى:" ياأيها الذين أوفوا بالعقود"[١]، وهي عقد من عقود المشاركات، والأصل فيها الحل للقاعدة الشرعية: (الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة، ولا يحرم منها ويبطل إلا ما دل الشرع على تحريمه وإبطاله نصاً أو قياساً عند من يقول به) [٢]، ولا يوجد نص يحرمها، والقياس يجيزها كما في بعض الشركات كالمضاربة.

وأجاز القانون المدني الأردني شركة الوجوه وذلك كما ورد في المادتين: (٦١٩)، و(٦٢٠).

المادة (٦١٩): (١- شركة الوجوه عقد يتفق بمقتضاه شخصان أو أكثر على شراء مال نسيئة بما لهم من اعتبار ثم بيعه على أن يكونوا شركاء في الربح. ٢- ويضمن الشركاء ثمن المال المشترى كل بنسبة حصته فيه سواء أباشروا الشراء معا أم منفردين).

المادة (٦٢٠): (يوزع الربح والخسارة على الشركاء بنسبة ما ضمنه كل منهم من المال الذي اشتروه نسيئة ما لم يتفق على غير ذلك). وبهذا يتفق القانون المدني الأردني مع الحنفية والحنابلة من حيث جواز شركة الوجوه.

---

(١) سورة المائدة: آية (١).

(٢) ابن تيمية، القواعد النورانية الفقهية، ص ٢٦١.

المطلب الرابع: أقسام شركة الوجوه وشروطها

تنقسم شركة الوجوه إلى قسمين: مفاوضة، وعنان.

أولاً: المفاوضة في شركة الوجوه:

تعني أن يتساوى الوجيهان، أو الوجهاء في ملك السلع المشتراة نسيئة وضمانها، وفي الربح والخسارة، وهي تشمل على معنى الوكالة والكفالة ويتضح من ذلك شرائط المفاوضة:

١- أن يكون الشريكان من أهل الكفالة.

٢- أن يكون ثمن المشترى بينهما نصفين.

٣- أن يتلفظا بلفظ المفاوضة، ويتساويا في الربح.

فإذا خالف الربح قدر الملك، كما لو شرطا أن يكون المشترى بينهما مناصفة، أو أثلاثًا، وربح أحدهما زائداً على قدر ملكه بطل الشرط، لأن استحقاق الربح بالضمان، وهو على قدر الملك في المشترى، فكان الربح الزائد عليه ربح ما لم يضمن. وهذا عند الحنفية(١). أما الحنابلة(٢) فتكون عندهم مفاوضة إذا فوض كل منهما إلى صاحبه شراء وبيعاً، ومضاربة، وتوكيلاً وابتياعاً في الذمة، ومسافرة بالمال، وارتهاناً، وضمان ما يرى من الأعمال، فهي عبارة عن الجمع بين عنان ومضاربة ووجوه وأبدان.

ثانياً: العنان في شركة الوجوه:

لا يشترط فيها أهلية الكفالة، ولا المساواة بين الشريكين في ملك المشترى،

(١) ابن نجيم، البحر الرائق ٥/ ١٩٧، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين ٦/ ٣٩١.

(٢) البهوتي، كشاف القناع٣/ ٥٣١، الرحيباني، مطالب أولى النهى٣/ ٥٥٣.

حتى لو اشتركا بوجهيهما، على أن يكون ما اشتريا، أو أحدهما بينهما مناصفة، أو أثلاثاً، أو أرباعاً، وكيفما اشترطا على التساوي، أو على التفاضل جاز، وضمان ثمن المشترى بينهما على قدر ملكيهما في المشترى، والربح بينهما على قدر الضمان.

فإن شرط أحدهما لنفسه فضل ربح على حصته من الضمان، فالشرط باطل، والشركة جائزة والربح بينهما على قدر الضمان، لأن الربح في هذه الشركة إنما يستحق بالضمان، فيقدر بقدر الضمان، فإذا شرط لأحدهما أكثر من حصته من الضمان ونصيبه من الملك، فهو شرط ملك من غير ربح ولا ضمان فلا يجوز، وهذا عند الحنفية[1].

أما عند الحنابلة[2] فمن شرط صحتها عندهم :أن يأذن كل واحد منهما لصاحبه في التصرف، فإن أذن له مطلقاً في جميع التجارات تصرف فيها، وإن عين له جنساً، أو نوعاً، أو بلداً تصرف فيه دون غيره، لأنه تصرف بالإذن ، فوقف عليه كالوكيل.

والملك بينهما على ما شرطاه، والوضيعة على قدر ملكيهما فيه، والربح بينهما على ما شرطا[3].

(١) الكاساني، بدائع الصنائع ٥/ ٨٧، ابن نجيم، البحر الرائق ٥/ ١٩٧.

(٢) ابن قدامة، المغني ٥/ ٢١.

(٣) ابن قدامة، المقنع ٢/ ١٨٢.

المطلب الخامس: توزيع الأرباح والخسائر

أولاً: توزيع الأرباح:

اختلف الحنفية والحنابلة الذين أجازوا شركة الوجوه في توزيع الأرباح على قولين:

١- ذهب الحنفية، وبعض الحنابلة[1] إلى وجوب أن تكون حصة كل واحد من الشريكين في الربح بقدر حصته من المال المشترى، فإن شرطا أن المشترى بينهما نصفان فالربح كذلك، ولا يجوز أن يتفاضلا فيه، لئلا يأخذ أحدهما ربح ما لم يضمن، فإن أراد أحد الشريكين التفاوت في الربح فينبغي أن يشترط التفاوت في ملك المشترى، بأن يكون لأحدهما الثلث وللآخر الثلثان حتى يكون لكل واحد منهما الربح بقدر ملكه، وهذا لأن الربح لا يستحق إلا بالمال أو العمل أو الضمان.

ومن المعلوم أن التفاوت في ملك المشترى يكون في شركة العنان، فيكون الربح على قدر اشتراط الملك في المشترى.

أما شركة المفاوضة فيكون الربح بالتساوي، لأن ملك المشترى بين الشريكين مناصفة، وذلك إذا توفرت شروط المفاوضة وقد نصت المادة (١٤٠٢) من مجلة الأحكام العدلية على أن: (تكون حصة كل واحد من الشريكين في الربح بقدر حصته من المال المشترى، فإذا شرط لأحدهما زيادة عن حصته في المال المشترى، فالشرط لغو، ويقسم الربح بينهما بنسبة مقدار حصتهما في المال المشترى، مثلاً إذا شرط أن تكون الأشياء المشتراة مناصفة فيكون الربح أيضا مناصفة، وإن شرط أن تكون ثلثين وثلثا، فيكون الربح أيضا ثلثين وثلثا، لكن إذا شرط تقسيم

---

(١) ابن نجيم، البحر الرائق ٥/ ١٩٧، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين ٦/ ٣٩١، المرداوي، الإنصاف ٥/ ٤١٦.

الربح ثلثًا وثلثين مع كونه قد شرط أن تكون الأشياء المشتراة مناصفة، فلا يعتبر هذا الشرط، ويقسم الربح بينهما مناصفة)

٢- ذهب الحنابلة[1] إلى أن الربح على ما شرطه الشريكان، ولا يشترط كون ربح كل واحد منهما على قدر ماله، بل يصح أن يكون لأحدهما ثلث المال ونصف الربح مثلا، كشركة العنان لقوله ﷺ:" المسلمون عند شروطهم". ولأن عقدها مبني على الوكالة، فيتغير بما أذن فيه، لأن أحدهما قد يكون أوثق عند التجار وأبصر بالتجارة من الآخر، ولأنها منعقدة على عمل وغيره.

والراجح هو القول الأول، لأن زيادة الربح على قدر الملك يعد ربح ما لم يضمن.

وقد جمع القانون المدني الأردني بين القولين، حيث جعل الربح على قدر مال كل واحد منهما، إلا إذا اتفق على خلاف ذلك، فقد نص في المادة (٦٢٠) على أنه: (يوزع الربح والخسارة على الشركاء بنسبة ما ضمنه كل منهم من المال الذي اشتروه نسيئة ما لم يتفق على غير ذلك).

ثانياً: توزيع الخسائر

توزع الخسارةعند الحنفية، والحنابلة بمقدار حصة الشريكين في المال المشترى، سواء باشرا عقد الشراء معًا، أو باشره أحدهما فقط.

قال البهوتي رحمه الله تعالى: (أن الوضيعة أي الخسران بتلف، أو بيع بنقصان عما اشترى به على قدر الملك، فمن له فيه ثلثان فعليه ثلثا الوضيعة، ومن له الثلث فعليه ثلثها، سواء كان الربح بينهما كذلك أو لا، لأن الوضيعة نقص رأس المال وهو مختص بملاكه فيوزع بينهم على قدر الحصص)[2].

---

(١) المرداوي، الإنصاف ٥/ ٤١٦.

(٢) شرح منتهى الإرادات٢/ ٣٣٩.

ونصت مجلة الأحكام العدلية في المادة (١٤٠٣) على أنه: (يقسم الضرر والخسارة في كل حال بنسبة مقدار حصة الشريكين في المال المشترى سواء باشرا عقد الشراء معًا، أو باشره أحدهما فقط، فمثلا إذا تضرر شريكا شركة وجوه في بيعهما وشرائهما، فإذا كان عقد الشركة على أن يكون المال المشترى مناصفة بينهما فيقسم الضرر والخسارة بالتساوي أيضًا، وإذا عقدا الشركة على كون الحصة في المال المشتري ثلثين وثلثا، يقسم الضرر والخسارة أيضا ثلثين وثلثا، سواء اشتريا المال الذي خسرا فيه معًا، أو اشتراه أحدهما للشركة فقط).

وقد وافق القانون المدني الأردني الحنفية والحنابلة، فنص في المادة (٦٢٠) على أنه: (يوزع الربح والخسارة على الشركاء بنسبة ما ضمنه كل منهم من المال الذي اشتروه نسيئة ما لم يتفق على غير ذلك).

المبحث الخامس

المضاربة

المطلب الأول: تعريف المضاربة في اللغة والاصطلاح

أولاً: تعريف المضاربة في اللغة

المضاربة في اللغة على وزن مفاعلة من الضرب في الأرض والسير فيها للتجارة، يقال: ضرب في الأرض يضرب ضرباً وضرباناً بالفتح: خرج فيها تاجراً أو غازياً، وضربت في الأرض ابتغي الخير من الرزق، قال الله تعالى: ﴿وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ﴾ [النساء: ١٠١]، أي: سافرتم.

والمضاربة: أن تعطي إنساناً من مالك ما يتجر فيه على أن يكون الربح بينكما، أو يكون له سهم معلوم من الربح(١).

والمضاربة والقراض اسمان لمسمى واحد: فالقراض بكسر القاف لغة أهل الحجاز، مشتق من القرض، وهو القطع، لأن المالك يقطع للعامل قطعة من ماله يتصرف فيها وقطعة من الربح، أو من المقارضة: وهي المساواة، لأنهما يستويان في الانتفاع بالربح(٢).

والمقارض بالكسر رب المال، وبالفتح العامل، والمضارب بالكسر العامل عكس الأول، لأنه هو الذي يضرب بالمال، وجائز أن يكون كل واحد من رب المال ومن العامل يسمى مضارباً، لأن كل واحد منهما يضارب صاحبه(٣).

---

(١) ابن منظور، لسان العرب ١/ ٥٤٤، الفيومي، المصباح المنير١/ ٤٩٠، الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ص١٣٨.

(٢) ابن منظور، لسان العرب ٧/ ٢١٦، ابن فارس، معجم مقاييس اللغة ٥/ ٧٢، الحطاب، مواهب الجليل ٥/ ٣٥٥، الرملي، نهاية المحتاج ٥/ ٢١٩.

(٣) ابن منظور، لسان العرب ١/ ٥٤٤، الزبيدي، تاج العروس ٣/ ٢٥١، الحطاب، مواهب الجليل ٥/ ٣٥٥.

ثانيًا: تعريف المضاربة في الاصطلاح:

أورد الفقهاء تعريفات لشركة المضاربة، أو القراض نذكرها كما يلي:

١- عرف الحنفية المضاربة بأنها: عقد على شركة في الربح بمال من أحد الجانبين، وعمل من الآخر[١].

٢- عرف المالكية المضاربة بأنها: توكيل على تجر في نقد مضروب مسلم بجزء من ربحه إن علم قدرهما[٢].

٣- عرف الشافعية المضاربة بأنها: أن يدفع مالاً إلى شخص ليتجر فيه، والربح بينهما[٣].

٤- عرفها الحنابلة بأنها: دفع مال وما في معناه معين معلوم قدره، إلى من يتجر فيه، بجزء معلوم من ربحه[٤].

يلاحظ من التعاريف السابقة[٥]:

١-أن الحنفية في تعريفهم للمضاربة قد نصوا على أنها عقد، وذكروا أهم مقوماتها، وهي قيامها على الجهد البدني من جهة، والمال من جهة أخرى، لكنهم مع ذلك لم يذكروا كيفية توزيع الأرباح، وإن كانوا يرون مع بقية الفقهاء أن توزيع الأرباح يكون بحسب الشرط.

٢-وتعريف المالكية مع أنه ذكر الاشتراطات والقيود التي يجب توافرها في المضاربة، وكيفية توزيع الربح، وأنه يكون بجزء معلوم منه يتعين حسب اتفاق

---

(١) المرغيناني، الهداية ٣/ ٢٠٢، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين ٥/ ٦٨٢، النظام، الفتاوى الهندية٤/ ٢٨٥.

(٢) الحطاب، مواهب الجليل ٥/ ٣٥٥، الدسوقي، حاشية الدسوقي ٣/ ٥١٧، الخرشي، شرح الخرشي ٥/ ٢٠٣.

(٣) النووي، روضة الطالبين ٥/ ١١٧، الشربيني، مغني المحتاج ٢/ ٣٠٩-٣١٠.

(٤) البهوتي، كشاف القناع ٣/ ٤٩٧.

(٥) شلبيك، المضاربة التي تجريها البنوك الإسلامية، رسالة ماجستير نوقشت سنة ١٩٩٣، ص٢٢-٢٣.

الشريكين، إلا أنه لم ينص على اعتبار المضاربة عقداً، وأثبت الوكالة للمضارب قبل التصرف في مال المضاربة، وهذا غير صحيح، لأن الوكالة تدخل تحت المضاربة، وتترتب على صحتها لا قبلها. كما أن هناك فرقا بين الوكيل والمضارب: فالوكيل لا يستحق الربح بخلاف المضارب، والوكيل يأخذ أجراً على عمله سواء ربح رأس المال أو لم يربح، بينما المضارب لا يستحق شيئاً إلا عند الربح.

٣-وتعريف الشافعية ليس وافياً، حيث لم ينص على ذكر العقد، واكتفى بذكر الاشتراك في الربح، ولم يبين كيفية هذا الاشتراك، هل يكون بحسب الاشتراط، أو بحسب شيء آخر.

٤-وتعريف الحنابلة مع أنه ذكر أن توزيع الربح يكون بين الشريكين بحسب ما يشترطان، إلا أنه لم يذكر فيه لفظ عقد.

وعرف القانون المدني الأردني المضاربة بأنها: عقد يتفق بمقتضاه رب المال على تقديم رأس المال، والمضارب بالسعي والعمل ابتغاء الربح. (م٦٢١)

ويمكن تعريف المضاربة بأنها: عقد، يتضمن دفع مال، وما في معناه، معلوم، من أحدهما إلى الآخر، ليتجر فيه، بجزء مشاع من ربحه، على ما اشترطاه.

شرح التعريف:

١-عقد: يشمل كل عقد بين اثنين أو أكثر، احترز به عن سائر التصرفات من غير العقود.

٢-يتضمن دفع مال: أي تسليم المال من المالك للعامل، لا دين في ذمة المضارب؛ لعدم حضور المال وتسليمه.

٣-وما في معناه: أي: معنى الدفع، بأن كان له عند إنسان نقد مضروب من نحو وديعة، وعارية، إذا قال ربها لمن هي بيده: ضارب بها.

٤-معلوم: أي معلوم قدره، ونوعه، وصفته.

٥-من أحدهما إلى الآخر: أي من صاحب المال إلى العامل.

٦-ليتجر فيه: أي العامل بالبيع والشراء.

٧-بجزء مشاع من ربحه: أي بنسبة معلومة كالنصف، أو الربع، فلا يصح بقدر معين.

٨-على ما اشترطاه: أي صاحب المال والعامل.

المطلب الثاني: مشروعية المضاربة

المضاربة عقد مشروع، والدليل على مشروعيتها الكتاب، والسنة، والإجماع، والقياس، والمعقول.

أولاً: الكتاب: لقد وردت في القرآن الكريم آيات تدل على جواز المضاربة ومشروعيتها، ومن ذلك:

١- قوله تعالى: ﴿وَءَاخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي ٱلْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِن فَضْلِ ٱللَّهِ﴾ [المزمل: ٢٠]. والمضاربة نوع من ابتغاء فضل الله، لأن المضارب يضرب في الأرض يبتغي بسعيه فضل الله عز وجل(١). فكان داخلاً تحت عموم هذا الآية.

٢- قوله تعالى: ﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَبْتَغُوا۟ فَضْلًا مِّن رَّبِّكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٨] قال الماوردي رحمه الله تعالى: (والأصل في إحلال القراض وإباحته، عموم قول الله عز وجل:" ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلاً من ربكم"، وفي القراض ابتغاء فضل وطلب نماء)(٢).

---

(١) الكاساني، بدائع الصنائع ٨/ ٣٥٨٧.

(٢) المضاربة، ص ١٢٠، وانظر: الشربيني، مغني المحتاج ٢/ ٣٠٩.

ثانياً: السنة: وردت في السنة أحاديث وآثار تدل على مشروعية المضاربة، نذكر منها:

١- عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: كان العباس بن عبد المطلب إذا دفع مالاً مضاربة، اشترط على صاحبه أن لا يسلك به بحراً، ولا ينزل به وادياً، ولا يشتري به ذات كبد[١] رطبة، فإن فعل فهو ضامن. فرفع شرطه إلى رسول الله ﷺ فأجازه[٢]. فهذا تقرير من رسول الله ﷺ، والتقرير أحد وجوه السنة.

٢- قال رسول الله ﷺ:" دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض"[٣]. وفي القراض رزق بعضهم من بعض.

٣- روى أبو نعيم وغيره: (أن رسول الله ﷺ ضارب لخديجة رضي الله تعالى عنها، وهو ابن خمس وعشرين سنة، إذ سافر بمالها مضارباً إلى الشام، قبل أن يتزوجها، وكان معه غلامها ميسرة، فربح ربحاً عظيماً كانت له حصة منه)[٤].

وجه الدلالة: أن الرسول ﷺ حكاه بعد البعثة مقرراً له، والتقرير أحد وجوه السنة، فدل على جوازه.

ثالثاً: الآثار: لقد وردت آثار كثيرة عن الصحابة رضوان الله عليهم، تدل على

---

(١) أي: لا تشتري به الحيوانات، لأن الحيوان عرضة للتلف عادة. انظر: الشوكاني، نيل الأوطار ٥/ ٢٦٧.

(٢) البيهقي، السنن الكبرى، كتاب القراض، باب المضارب يخالف بما فيه زيادة لصاحبه ومن تجر في مال غيره بغير أمره، ح (١١٣٩١)، الدارقطني، سنن الدارقطني، ٧/ ٣٧٣، ح (٣١٢٦). والحديث ضعيف، انظر: ابن حجر، تلخيص الحبير ٣/ ٥٨.

(٣) تمام الحديث قوله ﷺ:" لا يبع حاضر لباد، دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض". انظر: مسلم، صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب تحريم بيع الحاضر للبادي، ح(٣٩٠٢)، الترمذي، سنن الترمذي، كتاب البيوع، باب ما جاء لا يبع حاضر لباد، ح(١٢٢٣).

(٤) لم أجده في شيء من كتب السنة. انظر: الرملي، نهاية المحتاج ٥/ ٢١٩، الماوردي، المضاربة، ص ١٢١، الشربيني، مغني المحتاج ٢/ ٣٠٩، الشربيني، الإقناع ٣/ ١٥٧

مشروعية المضاربة منها:

١- عن مالك بن أنس عن زيد بن أسلم عن أبيه أنه قال: خرج عبد الله وعبيد الله ابنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه في جيش إلى العراق ، فلما قفلا[١]؛ مرّا على أبي موسى الأشعري رضي الله عنه وهو أمير البصرة فرحب بهما وسهّل، ثم قال : لو أقدر لكما على أمر أنفعكما به لفعلت، ثم قال: بلى هاهنا مال من مال الله، أريد أن أبعث به إلى أمير المؤمنين، فأسلفكماه فتبتاعان به متاعاً من متاع العراق، ثم تبيعانه بالمدينة، فتؤديان رأس المال إلى أمير المؤمنين، ويكون لكما الربح، فقالا: وددنا ذلك، ففعل وكتب إلى عمر بن الخطاب أن يأخذ منهما المال، فلما قدما باعا فأربحا، فلما دفعا ذلك إلى عمر، قال: أكل الجيش أسلفه مثل ما أسلفكما؟، قالا: لا، قال عمر بن الخطاب: ابنا أمير المؤمنين فأسلفكما؟!، أديا المال وربحه. فأما عبد الله فسكت، وأما عبيد الله فقال: ما ينبغي لك يا أمير المؤمنين هذا، لو نقص هذا المال أو هلك لضمناه. فقال عمر: أدياه، فسكت عبد الله، وراجعه عبيد الله، فقال رجل من جلساء: يا أمير المؤمنين لو جعلته قراضاً، فقال عمر: قد جعلته قراضاً، فأخذ عمر رأس المال، ونصف ربحه، وأخذ عبد الله وعبيد الله ابنا عمر بن الخطاب نصف ربح المال[٢].

فهذا يدل بوضوح على جواز المضاربة، إذ لو لم يكن جائزاً لما اقترحه بعض الصحابة، وأقره عمر رضي الله عنه، بمحضر من الصحابة، ولم ينكر عليه أحد في ذلك.

٢- وعن علي رضي الله عنه أنه قال في المضاربة: الوضيعة على المال، والربح على ما

---

(١) أي رجعا من الغزو.

(٢) مالك، موطأ الإمام مالك، كتاب القراض، باب ما جاء في القراض، ح (١٤٣٣). ابن حجر، تلخيص الحبير ٣/ ٥٨. وقال اسناده صحيح.

اصطلحوا عليه[١].

ففي هذا الأثر توضيح من علي رضي الله عنه لبعض أحكام المضاربة، مما يدل على أصل مشروعيتها.

فهذه الأحاديث والآثار بمجموعها تدل على جواز المضاربة، والنبي ﷺ بعث والناس يتعاملون بها فلم ينكر عليهم، وذلك تقرير منه عليه الصلاة والسلام على ذلك، والتقرير أحد وجوه السنة، وقطع ابن حزم رحمه الله تعالى أن القراض كان في عصر النبي ﷺ، فعلم به وأقره، ولولا ذلك لما جاز[٢].

رابعاً: الإجماع: وذلك أن الصحابة رضي الله عنهم تعاملوا بالمضاربة، ولم يكن فيهم مخالف لذلك، ولا منكر، فيكون عملهم هذا دالاً على المشروعية والجواز، وبه يحصل الإجماع.

قال الكاساني رحمه الله تعالى بعد أن بين إجماع الصحابة رضي الله عنهم على مشروعية المضاربة، وتعاملهم بها: (وعلى هذا تعامل الناس من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا في سائر الأعصار من غير إنكار من أحد، وإجماع أهل كل عصر حجة)[٣].

وقال ابن عبد البر رحمه الله تعالى: (والقراض مأخوذ من الإجماع، الذي لا خلاف فيه عند أحد من أهل العلم، وكان في الجاهلية فأقره الرسول ﷺ في الإسلام)[٤].

خامساً: المعقول: أن الحاجة داعية إلى مشروعية المضاربة، لأن فيها تحقيق

---

(١) عبد الرزاق، مصنف عبد الرزاق، باب نفقة المضارب ووضيعته، ح(١٥٠٨٧)، ابن حجر، تلخيص الحبير ٣/ ٥٨. وضعفه الالباني في إرواء الغليل٥/ ٢٩٣

(٢) ابن حزم، المحلى ٨/ ٢٤٧، مراتب الإجماع، ص ١٠٦.

(٣) بدائع الصنائع ٨/ ٣٥٨٨.

(٤) الاستذكار ٧/ ٣، وانظر: ابن رشد، بداية المجتهد ٢/ ١٧٨.

مصلحة لرب المال والعامل، بل للناس جميعاً، فإنه يوجد من الناس من يملك المال، ولا يستطيع أن يستثمر المال وينميه، ويوجد من يحسن التصرف ويستطيع أن يستثمر المال وينميه، ولكنه لا يملكه، فإذا أعطى الأول للثاني مالاً مضاربة لينال كل واحد منهما نصيباً من ربحه، كان في ذلك تحقيق مصلحة لكل منهما، وموافقة لمقصود الشارع من دعوته إلى جلب المصالح ودرء المفاسد، كما أن في ذلك تنشيطاً للتجارة، وفائدة تعود على المجتمع بالخير، فيكون في تشريع هذا العقد دفع حاجة الغني والفقير. والله سبحانه وتعالى ما شرع العقود إلا لمصالح العباد، ودفع حوائجهم(١).

المطلب الثالث: أركان المضاربة وشروطها

للمضاربة خمسة أركان هي: العاقدان، والصيغة، والمعقود عليه، والربح.

وهذه الأركان الخمسة يتوقف عليها تحقق عقد المضاربة، وإن فقد أحدها لم توجد المضاربة، ويكون العقد فاسداً.

والمقصود بالعاقدين: صاحب المال، والعامل.

والصيغة: وهي كل لفظ يفيد انعقاد المضاربة، ويدل على المعنى المقصود.

والمعقود عليه: ويشمل:

رأس المال: وهو محل العمل في المضاربة.

العمل: وهو ما يقوم به العامل (المضارب) من الاتجار في المال، وما يلزم لذلك من بيع وشراء ونحوهما، نظير جزء مشاع معلوم من ربح المال.

---

(١) الكاساني، بدائع الصنائع ٨/ ٣٥٨٨، الحطاب، مواهب الجليل ٥/ ٣٥٦، الخرشي، شرح الخرشي ٥/ ٢٠٢، ابن قدامة، المغني ٥/ ٢٦، البهوتي، كشاف القناع ٣/ ٤٩٧.

والربح: ويقصد به جزء مشاع معلوم، مما يزيد على رأس المال، لكل من صاحب المال، والعامل.

ولا تختلف المضاربة عن غيرها من العقود في الشروط العامة لانعقاد العقد، وهي المتعلقة بأهلية العاقدين، والمحل، والصيغة، فهي من هذه الناحية كشروط البيع والشركات والوكالة ونحوها، ولهذا لن نتطرق إليها هذا المبحث.

أما الشروط الخاصة بصحتها، فهي التي تتعلق بأحوال رأس المال، والربح، والعمل، وهذا الذي سوف نتطرق إليه في هذا المبحث.

الركن الأول: رأس المال:

رأس المال: هو محل عمل المضارب، والأموال تختلف اختلافاً بيناً ظاهراً في صفاتها؛ لذلك اشترط الفقهاء في رأس المال شروطاً يلزم تحققها كي يكون العقد صحيحاً، وهذه الشروط هي:

الشرط الأول: أن يكون رأس المال نقداً:

أجمع الفقهاء على أن المضاربة تصح بالدراهم والدنانير، لأنهما قيم المتلفات، وأثمان المبيعات، كما أنهما الوسيلة الأساسية للتعامل بين الناس منذ أن عرف الإنسان المادة واتخذها أداة للتعامل[1]. ويقاس عليها ما نتداوله من عملات في زمننا الحاضر كالدينار الليبي، والدينار الأردني، والريال السعودي وغيرها من العملات.

قال ابن المنذر رحمه الله تعالى: (وأجمعوا على أن القراض بالدنانير، والدراهم جائز)[2].

---

(١) الكاساني، بدائع الصنائع ٨/ ٣٥٩٤، الدسوقي، حاشية الدسوقي ٣/ ٥١٧، ابن رشد، بداية المجتهد ٢/ ٢٣٦، الشربيني، مغني المحتاج ٢/ ٣١٠، ابن قدامة، المغني ٥/ ١٦، ابن حزم، المحلى ٨/ ٢٤٧.

(٢) الإجماع، ص ١١١.

وقال ابن رشد رحمه الله تعالى: (اتفقوا على أنه يجوز بالدنانير والدراهم واختلفوا في غير ذلك)[١].

ولكن وقع الخلاف في بعض المسائل التي تتعلق بهذا الشرط، وهي:

أولاً: المضاربة بالعروض:

اختلف الفقهاء في جواز المضاربة بالعروض على قولين:

القول الأول: ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة في ظاهر المذهب، والظاهرية، إلى أنه لا يجوز المضاربة بالعروض، سواء كانت مثلية، أو قيمية، بل لابد أن يكون رأس مال المضاربة من النقدين، وروي ذلك عن يحي بن أبي كثير، وابن سيرين، والثوري، وإسحاق، وأبو ثور، وأبو سليمان[٢]. واستدلوا بما يلي:

أ- أن المضاربة مشروطة برد رأس المال، واقتسام الربح، وعقده بالعروض يمنع ذلك، أما رد رأس المال فلأن في العروض ما لا مثل لها فلم يمكن ردها. وأما الربح فقد يفضي إلى اختصاص أحدهما به دون الآخر، لأنه إن زاد خسره العامل بالربح، فاختص به رب المال، وإن نقص أخذ العامل شطر فاضله من غير عمل.

ووجه ذلك: أنه قد يأخذ العامل العرض مضاربة، وقيمته مائة دينار، فيتجر في المال فيربح مائة، فيرده وقيمته مائتان- أي زادت قيمة العرض أثناء المتاجرة به فبلغت مائتين- فيصير الربح كله لرب المال، ولا يحصل للعامل شيء، وقد لا يربح فيرده وقيمته خمسون- أي قيمة العرض- فيبقى بيده من رأس المال خمسون، فيأخذ نصفها وهو لم يربح شيئاً[٣].

---

(١) بداية المجتهد (٢/ ١٧٨).

(٢) السرخسي، المبسوط ٢٢/ ٣٣، الخرشي، شرح الخرشي ٥/ ٢٠٥، الرملي، نهاية المحتاج ٥/ ٢٢١، البهوتي، كشاف القناع ٣/ ٤٩٨، ابن حزم، المحلى ٨/ ٢٤٧، الماوردي، المضاربة، ص١٢٦.

(٣) المواق، التاج والإكليل ٥/ ٣٦٠، الباجي، المنتقى ٥/ ١٥٦، المطيعي، تكملة المجموع ١٤/ ١٩٣، ابن قدامة، الكافي ٢/ ٢٥٨، الماوردي، المضاربة، ١٢٧-١٢٨.

ب- أن المضاربة بالعروض تؤدي إلى جهالة ربح كل من العامل ورب المال وقت القسمة، لأن قيمة العروض تعرف بالحزر والظن، وتختلف باختلاف المقومين، والجهالة تفضي إلى المنازعة، والمنازعة تفضي إلى الفساد، وهذا لا يجوز(١).

ج- أن المضاربة عقد فيه غرر، إذا العمل فيه غير مضبوط، والربح غير موثوق به، وإنما جوز للحاجة فاختص بما يروج غالباً، ويسهل التجارة به وهو الأثمان، حيث انعقد الإجماع على جوازه به، فيبقى ما عداه على أصل المنع(٢).

القول الثاني: ذهب الحنابلة في رواية إلى أنه يصح جعل العروض رأس مال المضاربة، وتجعل قيمتها وقت العقد رأس مال المضاربة، فيصير رأس المال هو القيمة التي اتفق المضارب ورب المال عليها، وحكي ذلك عن ابن أبي ليلى، وحماد بن أبي سليمان، وطاووس، والأوزاعي(٣). وحجتهم في ذلك:

أ-أن العروض كالدراهم، والدنانير، فكل عقد صح بالدراهم والدنانير صح بالعروض، كالبيع.

ب- أن العروض من ذوات الأمثال، فيمكن تحصيل رأس المال بمثل المقبوض، ولأن المكيل والموزون يجوز الشراء بكل منهما، ويثبت ديناً في الذمة ثمناً، فيكون ذلك بمنزلة النقود من حيث أن المضارب قد استحق ربح ما ضمن، لا ربح ما لم يضمن(٤).

ج- أن المقصود من المضاربة إنما هو جواز التصرف في رأس المال، وكون الربح

---

(١) الكاساني، بدائع الصنائع٨/ ٣٥٩٤، الزيلعي، تبيين الحقائق٥/ ٥٣، الموصلي، الاختيار٣/ ١٥.

(٢) الرملي، نهاية المحتاج ٥/ ٢٢١، الشربيني، مغني المحتاج ٢/ ٣١٠، الخرشي، شرح الخرشي ٥/ ٢٠٥.

(٣) ابن قدامة، المغني ٥/ ١١، السرخسي، المبسوط ٢٢/ ٣٣، ابن رشد، بداية المجتهد ٢/ ٢٣٦، المطيعي، تكملة المجموع ١٤/ ١٩٣، الماوردي، المضاربة، ص ١٢٧.

(٤) السرخسي، المبسوط ٢٢/ ٣٣، الزيلعي، تبيين الحقائق ٥/ ٥٣.

الناتج عن ذلك بين رب المال والعامل، وهذا يحصل في العروض كحصوله في الأثمان، فيجب أن تصح المضاربة في ذلك كالأثمان، وتجعل قيمتها وقت العقد رأس المال في المضاربة، ويرجع كل واحد منهما عند المفاصلة، بقيمة ماله عند العقد، كما جعل نصاب زكاة العروض قيمتها[1].

الترجيح: الراجح والله أعلم بالصواب هو القول بجواز أن تكون العروض رأس مال في المضاربة، لأنه يمكن تقويمها وقت العقد، وبذلك يكون رأس المال معلوماً، فتنتفي الجهالة والغرر في المضاربة، كما أنه إذا فسخت ورأس المال عروضاً فإنها تقوم أو تباع، فيكون الفرق في المال بين وقت الدخول في المضاربة، ووقت انتهائها زيادة أو نقصاناً هو ما حققته المضاربة من ربح أو خسارة.

وعلى ذلك فيكون الربح معلوماً لا جهالة فيه، كما كان رأس المال معلوماً قبل ذلك بتقويم العروض وقت العقد. ومما يرجح جواز القراض بالعروض أن حاجة الناس تدعو للقول بجوازه؛ لأن العامل قد يجد من يدفع له عروضاً، ولا يجد من يعطيه دراهم أو دنانير، ومنع ذلك فيه مشقة وتضييق عليه، ومبنى ذلك على الاجتهاد، وإلا فلم يرد دليل يلزم كون الأثمان رأس مال في المضاربة دون ما عداها؛ ولذا فلا مانع من القول بجواز المضاربة بالعروض. لاسيما وأن بعض الفقهاء القائلين بمنع ذلك قد أجاز أن تدفع العروض إلى العامل ليبيعها ويجعل ثمنها رأس مال المضاربة، وهذا القول يتفق في النتيجة مع القول بتقويم العروض وجعل قيمتها رأس مال للمضاربة.

قال الكاساني رحمه الله تعالى: (لو دفع إليه عروضاً، فقال له: بعها، واعمل بثمنها مضاربة، فباعها بدراهم، أو دنانير، وتصرف فيها جاز)[2].

---

(١) ابن قدامة، المغني ٥/ ١٧.

(٢) بدائع الصنائع ٨/ ٣٥٩٤، وانظر: قاضي زاده، تكملة فتح القدير ٨/ ٤٤٧.

الشرط الثاني: أن يكون رأس المال معلوماً عند العقد:

اتفق العلماء على أن من شروط رأس مال المضاربة، أن يكون معلوماً قدراً، وجنساً، وصفة، عند عقد المضاربة به، فإن كان مجهولاً بأن دفع صاحب المال للعامل مبلغاً مجهولاً من النقود كصرة مثلاً، أو قال له: ضاربتك بجزء من مالي، أو ببعض مالي دون أن يبين مقدار هذا المال، أو كانا ببلد يتعامل فيها بأكثر من عملة نقدية، فأطلق نوع العملة ولم يحددها، كانت المضاربة باطلة، لأن جهالة رأس المال تؤدي إلى جهالة الربح- الذي هو المقصود من المضاربة- عند المفاصلة، وجهالة الربح تؤدي إلى جهالة حق العامل في الربح الذي يستحقه

بعمله، وكون الربح معلوماً شرط في صحة المضاربة، كما أن جهالة الربح يترتب عليها حدوث المنازعة والاختلاف بين صاحب المال والعامل(١).

وقد أخذ القانون المدني الأردني بهذا الشرط، فنص في المادة (٢/٦٢٢) على: (أن يكون رأس المال معلوماً، وصالحاً للتعامل به).

الشرط الثالث: أن يكون رأس المال عيناً لا ديناً:

اشترط جمهور الفقهاء أن يكون رأس المال عيناً، وأن المضاربة تفسد إذا كان ديناً، لأن ما في الذمة لا يتحول ويعود أمانة، ولأن الدين لا يمكن التصرف فيه، ومن ثم فلا يتحقق المقصود من المضاربة، وهو تحصيل الربح(٢).

والمضاربة بالدين لا تخلو: إما أن تكون بالدين على العامل، وإما بالدين على غير العامل.

---

(١) الكاساني، بدائع الصنائع٨/ ٣٥٩٥، الحطاب، مواهب الجليل ٥/ ٣٥٨، الشربيني، مغني المحتاج ٢/ ٣١٠، ابن قدامة، المغني ٥/ ٧٤، الماوردي، المضاربة، ص ١٣١.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع٨/ ٣٥٩٥، الدسوقي، حاشية الدسوقي ٣/ ٥١٨، النووي، روضة الطالبين ٥/ ١١٧، ابن قدامة، المغني ٥/ ٧٣.

١- المضاربة بالدين على العامل:

ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه لا تجوز المضاربة بدين لرب المال على العامل، وذلك بأن يكون رأس المال ديناً في ذمة العامل نفسه، وقال له صاحب المال: أعمل بديني الذي في ذمتك مضاربة بالنصف أو نحو ذلك، إلا أن يقبضه منه ثم يقارضه ويسلمه إلى العامل ثانية. واستدلوا بما يلي:

أ- أن الدين قبل قبضه مال غائب يوصف في الذمة، لا يملكه الدائن، بل يملكه من عليه الدين، وإنما يصير ملكاً للدائن بقبضه، ولم يقبضه، فليس له التصرف فيه تصرف الملاك، وبالتالي يكون المال والعمل من جانب واحد وهو المدين، فلم تتحقق المضاربة.

ب- لاحتمال أن يكون من عليه الدين معسراً، ولم يتيسر له السداد، فأراد أن يؤخر السداد في مقابل أن يزيده في ماله، فتحايل على ذلك بالمضاربة والعمل في الدين، لتحقيق ربح يعود بجزء منه على الدائن زيادة على رأس المال- وهو الدين- عند رده، فيكون الربا المنهي عنه.

هذا وقد ذكر ابن قدامة رحمه الله تعالى الإجماع في هذه المسألة، حيث قال: (ولا نعلم فيه مخالفاً)[١].

وقال ابن المنذر رحمه الله تعالى: (أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم، أنه لا يجوز أن يجعل الرجل ديناً له على رجل مضاربة)[٢].

وما ذكر من الإجماع غير صحيح، لأن هناك رواية عن بعض الحنابلة بجواز المضاربة بالدين.

---

(١) المغني ٥/ ٧٣.

(٢) المصدر السابق.

قال ابن مفلح رحمه الله تعالى: (وقال بعض أصحابنا: يصح، لأنه اشترى شيئاً للمضاربة، فقد اشتراه بإذن مالكه، ودفع الثمن إلى من أذن له في دفع الثمن إليه فتبرأ ذمته منه)[١].

والراجح أن المضاربة بالدين الذي في ذمة العامل نفسه غير صحيحة، إلا بعد قبضه من قبل الدائن، وتسليمه إلى العامل ثانية.

فإذا تصرف العامل بالمال بأن اشترى وباع، فالربح يكون له والخسارة عليه، ولا تبرأ ذمته من الدين، لأن المال ماله، وقد تصرف في ماله بالبيع والشراء، وصاحب الدين لا يمتلك هذا المال إلا بالقبض، ولم يقبضه، فلا شيء له من الربح، للنهي عن ربح ما لم يضمن[٢].

٢- المضاربة بدين على غير العامل:

إذا كان الدين في ذمة شخص آخر، وقال صاحب الدين للعامل: اقبض ديني من فلان، واعمل به مضاربة، أو قال: قارضتك على ديني على فلان، فاقبضه واتجر به، فقد اختلف الفقهاء في صحة هذه المضاربة على قولين:

أ- ذهب المالكية والشافعية[٣] إلى أنه لا تجوز المضاربة، فإن قبضها واتجر بها صح القبض، لأنه وكل فيه، وكان الربح والخسران لرب المال وعليه لحدوثهما عن ملكه، وللعامل أجرة مثله.

وحجتهم: أنه قراض على مال غائب، ومضافاً إلى زمن قبض الدين، وهذا لا يصح،

---

(١) المبدع في شرح المقنع ٥/ ٢٢، وانظر: ابن قدامة، المغني ٥/ ٧٣، المرداوي، الإنصاف ٥/ ٤٣١.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع ٨/ ٣٥٩٥، الحطاب، مواهب الجليل ٥/ ٣٥٩، الماوردي، المضاربة، ص ١٣٥.

(٣) الخرشي، شرح الخرشي٥/ ٢٠٥، الدسوقي، حاشية الدسوقي٣/ ٥١٩، النووي، روضة الطالبين ٥/ ١١٧، الشربيني، مغني المحتاج ٢/ ٣١٠، الماوردي، المضاربة، ص ١٣٤.

ولأن رب المال قد اشترط منفعة زائدة وهي تكليف العامل قبض الدين، وكل من اشترط منفعة زائدة في القراض يفسده.

ب- وذهب الحنفية والحنابلة[1] إلى جواز المضاربة، فإذا قبض العامل الدين وعمل به، يكون الربح بينهما، والخسارة على صاحب الدين.

وحجتهم: أن المضاربة أضيفت إلى المقبوض، ولم يجعل القبض شرطاً في المضاربة، وتعليق المضاربة على القبض صحيح، ولأنه وكله في قبض الدين، فيكون وكيلاً في قبضه مؤتمناً عليه، لأنه قبضه بإذن مالكه من غيره، فجاز أن يجعله مضاربة.

والراجح أن المضاربة بالدين الذي في ذمة الغير تصح، لأنه ليس فيه تعليق للمضاربة، لأن العامل يقبض الدين باعتباره وكيلاً عن رب المال الدائن، ثم بعد القبض تنعقد المضاربة، فالمضاربة في هذه الحالة مضافة إلى وقت قبض الدين.

الشرط الرابع: أن يكون رأس المال مسلماً إلى العامل:

المقصود من هذا الشرط: هو تخلي يد رب المال عن مال المضاربة، وإفساح المجال للعامل لتمكينه من تحريك المال وتثميره، أي: أن يتمكن العامل من الاستقلال في التصرف في المال بالبيع والشراء الذي يحصل به الربح، الذي هو المقصد من المضاربة، حيث أن المضاربة تتطلب أن يقوم العامل بالتصرف في رأسمالها بحرية حتى يمكنه من تحقيق الربح، وتحقيق هذه الحرية يتم بإطلاق التصرف للعامل في رأس المال، وعدم اشتراط ما ينافي ذلك.

وقد اختلف الفقهاء فيما لو اشترط رب المال بقاء المال في يده، أو أن يعطي المال

---

(١) الكاساني، بدائع الصنائع٨/ ٣٥٩٦، نظام، الفتاوى الهندية٤/ ٢٨٦، ابن قدامة، المغني٥/ ٧٤، البهوتي، كشاف القناع ٣/ ٥٠٢.

لأمين آخر غير العامل يتفقان عليه، أو أن يشاوره عند البيع والشراء، بحيث لا يعمل عملاً فيه إلا بإذنه على قولين:

١- ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة في رواية، والأوزاعي، وأبو ثور، وابن المنذر[1]، إلى اشتراط تسليم رأس المال إلى العامل، ليعمل فيه، ويكون له سلطة التصرف، ويتم ذلك بمناولته للعامل، أو بالتخلية بينه وبين رأس المال، ولا يجوز لرب المال أن يشترط أي شرط ينافي ذلك.

وحجتهم: أن رأس مال المضاربة أمانة في يد العامل، وحفظ الأمانة لا يبدأ إلا بعد تسليمها كالوديعة، ولأن المضاربة قد انعقدت على رأس مال من أحد الجانبين، وعمل من الجانب الآخر، ولا يتحقق هذا إلا بعد خروج المال من يد صاحبه، حتى يتمكن العامل من التصرف في المال بالبيع والشراء لتحقيق مقصود المضاربة وهو الربح.

٢- وذهب الحنابلة في الراجح من مذهبهم، والشافعية في رواية لهم[2] إلى أنه لا يشترط تسليم رأس المال للعامل، وإنما المشروط تمليك العامل سلطة في رأس مال المضاربة المملوك لرب المال، ولذلك أجازوا أن يكون المال من أحد طرفي العقد والعمل منهما، مثل: أن يخرج أحدهما مائة ألف درهم، على أن يعمل الطرفان في هذا المبلغ معاً والربح بينهما نصفان.

وحجتهم: أن المضاربة لا تقتضي تسليم المال إلى العامل، وإنما تقتضي إطلاق التصرف في مال غيره، وهذا حاصل مع اشتراكهما في العمل، لأن مورد عقد المضاربة هو عمل المضارب، ورأس المال وسيلة للعمل لا غير، والعمل يتحقق ولو

---

(١) الكاساني، بدائع الصنائع ٨/ ٣٥٩٩، الدسوقي، حاشية الدسوقي٣/ ٥٢٠، الشربيني، مغني المحتاج ٢/ ٣١٠، ابن قدامة، المغني ٥/ ٢٩، الماوردي، المضاربة، ص ١٤٩.

(٢) المرداوي، الإنصاف ٥/ ٤٣٢، ابن قدامة، المغني ٥/ ٢٩، الماوردي، المضاربة، ص ١٥٠.

كان المال بيد ربه، لأن المضارب يكون مأذوناً بالشراء في حدود رأس المال.

والراجح والله أعلم بالصواب هو عدم اشتراط تسليم رأس المال للعامل بل يفضل ذلك، ذلك أن الغاية من تسليم العامل المال هو تمليك العامل سلطة التصرف في رأس مال المضاربة، لتحقيق مقصودها وهو الربح، وهذا يمكن تحقيقه وتصوره مع بقاء المال في يد رب المال، ولكن بشرط أن لا يتدخل رب المال في عمل العامل أثناء عمله.

وقد أخذ القانون المدني الأردني بقول الجمهور في تسليم رأس المال إلى المضارب، فنص في المادة (٣/٦٢٢) على: (تسليم رأس المال إلى المضارب).

الركن الثاني: العمل:

يعتبر العمل ركناً في عقد المضاربة حتى يتم الربح، حيث لا يتصور وجود عائد أو استثمار، أو إنتاج دون وجوده، وهو ما يقوم به العامل الذي يحصل مقابل أدائه على حصة معينة على أساس النسبة الشائعة من الربح الذي يحققه، ويشترط في العمل الذي يقوم به العامل عدة شروط، هي:

الشرط الأول: ألا يضيق رب المال على العاملِ في تصرفاته التي يبتغي بها الربح:

الأصل في المضاربة أن تكون مطلقة، حيث يعطي رب المال ماله للعامل، يعمل به دون قيود، ثم تقسم الأرباح بعد ذلك طبقاً لما اتفقا عليه، لأن الربح هو الهدف والمقصود من عقد المضاربة. والتضييق على العامل بما يمنع الربح ينافي مقتضى العقد فيفسده. وسوف نبحث هذه المسألة في مبحث مستقل إن شاء الله تعالى.

الشرط الثاني: أن يكون العمل تجارة:

المقصود من العمل هو التجارة، أي البيع والشراء، وتوابعها كنشر الثياب وطيها،

ويقتضي عقد المضاربة أن يتصرف العامل بتنمية المال عن طريق البيع والشراء، كالمتاجرة بالأقمشة مثلاً.

لكن لو ضارب رب المال العامل على أن يشتري الحنطة فيطحنها ويخبزها، والطعام ليطبخه ويبيعه، والغزل لينسجه، والثوب ليقصره أو يصبغه أو يفصله قمصاناً ويبيعه، والذهب ليصوغه حلياً ويبيعه، فقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

١- ذهب المالكية والشافعية والحنابلة في رواية والظاهرية[1] إلى أنه إذا اشترط رب المال على العامل أن يجمع في تصرفاته بين العمل في الأشياء، والاتجار فيها، فالمضاربة فاسدة.

وعلى قولهم هذا يكون عمل العامل مقصوراً على التجارة التي هي البيع والشراء فقط، وليس له استثمار رأس مال المضاربة في الصناعة، أو الزراعة، ثم الاتجار بالمنتج منها.

وبالتالي إذا اشترط رب المال على العامل أن يخيط الثياب، أو يصوغ الذهب حلياً، أو يزرع الأرض بمال المضاربة، تكون المضاربة فاسدة، وللعامل أجرة المثل.أما إذا عمل العامل بالحرفة من غير شرط، بأن اشترى العامل الحنطة وطحنها، أو زرع الأرض، أو فصل الثوب قمصاناً، فإن المضاربة تكون صحيحة، كما لو زاد عبد المضاربة بكبر، أو سمن، أو تعلم صنعة، فإنه لا يخرج عن كونه مال مضاربة[2].

وحجتهم: أن القراض شرع رخصة للحاجة، وهذه الأعمال- الطبخ، والطحن،

---

(١) الدسوقي، حاشية الدسوقي٣/ ٥٢١، الآبي، جواهر الإكليل٢/ ١٧٢، النووي، روضة الطالبين ٥/ ١٢٠، الرملي، نهاية المحتاج ٥/ ٢٢٣، المرداوي، الإنصاف٥/ ٤٥٢، ابن حزم، المحلى ٨/ ٢٤٩.

(٢) المواق، التاج والأكليل٥/ ٣٦١، الخرشي، حاشية الخرشي٥/ ٢٠٧، الرملي، نهاية المحتاج٥/ ٢٢٣، الشربيني، مغني المحتاج٢/ ٣١١، ابن حزم، المحلى ٨/ ٢٤٩.

والنسج- مضبوطة يمكن الاستئجار عليها، فلم تشملها الرخصة، والعامل فيها ليس متجراً بل محترفاً فليست من وظيفة العامل.

٢- ذهب الحنفية والحنابلة في الصحيح [1] إلى أن عمل العامل غير مقيد بالبيع والشراء، بل يشمل كل ما يعد سبباً لتنمية المال، وتثميره، وتحقيق الربح، مثل استثمار مال المضاربة في الزراعة، والصناعة، أو في أية حرف أخرى، ثم الاتجار بما ينتج عن ذلك من محاصيل زراعية، أو مواد مصنعة.

وحجتهم: أن ذلك عين تنمى بالعمل عليها، فصح العقد عليها ببعض نمائها كالدراهم والدنانير، وكالشجر في المساقاة، والأرض في المزارعة، ولأن الاستئجار من التجارة، لأنه طريق حصول الربح، وكذا هو من عادة التجار.

والراجح أن العمل في مال المضاربة ليس شرطاً فيه أن يكون محصوراً في الاتجار، بل يجوز للعامل أن يعمل بالتجارة وفي غيرها من أوجه الاستثمار المعروفة كالزراعة والصناعة وغيرهما، لأنه ما دام المقصود من المضاربة هو الاسترباح، فإن هذا المقصود يمكن أن يتحقق في الزراعة والصناعة، بل قد يكون في الزراعة والصناعة أكبر وأوفر، خصوصاً وأن هذه الأعمال لا تكون مقصودة للمضارب بذاتها، بل تكون مقدمة لبيع الناتج الزراعي، أو الصناعي، فيحقق المضارب ربح مرحلتي الإنتاج والتوزيع معاً، بدلاً من أن يقتصر على ربح التوزيع فقط المتمثل بالبيع.

الركن الثالث: الربح:

الربح في المضاربة: هو ما زاد على رأس المال، نتيجة عمل المضارب واستثماره ذلك المال، والحصول على الربح هو الغرض الأساسي والمقصود من شركة المضاربة،

---

(١) الكاساني، بدائع الصنائع٨/ ٣٦٠٨، نظام، الفتاوى الهندية٤/ ٢٩٣، البهوتي، كشاف القناع٣/ ٥١٥، ابن تيمية، المحرر في الفقه٢/ ٣٥٢، ابن قدامة، الكافي ٢/ ٢٦٤.

وقد اشترط الفقهاء عدة شروط حتى يكون الربح صحيحاً، وهذه الشروط هي:

الشرط الأول: أن يكون الربح مختصاً بالمتعاقدين:

ربح المضاربة هو نتيجة ما قدمه المتعاقدان من مال وعمل، لذا فهو حق خالص لهما لا يعدوهما إلى غيرهما، ولا يثبت لأحد فيه حق، فلو شرط أحد المتعاقدين- رب المال، أو العامل- جزءاً من الربح لشخص ثالث، أو جهة معينة، كأن يقول رب المال: خذ هذا المال مضاربة، على أن يكون ثلثه لك، وثلثه لي، وثلثه لأجنبي. فإن اشترط على الشخص الثالث العمل مع العامل صح الشرط، واستحق ما شرط له من الربح، وكانا عاملين بمنزلة ما لو قال: اعملا في هذا المال، ولكل منكما كذا. وهذا باتفاق الفقهاء[1]، لأن الربح في المضاربة لا يستحق إلا بالعمل أو المال، وقد اشترط عليه العمل، فاستحقه بالعمل في المضاربة.

أما إذا لم يشترط على الشخص الثالث العمل مع العامل، فقد اختلف الفقهاء في صحة المضاربة على ثلاثة أقوال:

١- ذهب الشافعية والحنابلة والظاهرية إلى أن المضاربة فاسدة، لأن اشتراط جزء من الربح لأجنبي عن العقد بدون عمل، أو مال هو شرط فاسد يعود إلى الربح، ففسد به العقد، كما لو شرط دراهم معلومة.

٢- وذهب الحنفية[2] إلى أن المضاربة صحيحة والشرط فاسد، ويجعل الثلث المشروط للأجنبي كالمسكوت عنه، فيكون لرب المال، لأن الربح إنما يستحق برأس المال، أو بالعمل، أو بضمان العمل، ولم يوجد من ذلك-الأجنبي- شيء من هذه

---

(١) الكاساني، بدائع الصنائع٨/ ٣٥٩٢، البابرتي، شرح العناية على الهداية٨/ ٤٦٥، النووي، روضة الطالبين ٥/ ١٢٢، الرملي، نهاية المحتاج٥/ ٢٢٥، ابن قدامة، المغني٥/ ٣٦، البهوتي، كشاف القناع ٣/ ٥٠١.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع ٨/ ٣٥٩٢، البابرتي، شرح العناية ٨/ ٤٦٥، نظام، الفتاوى الهندية ٤/ ٢٨٩.

الثلاثة، فلا يستحق شيئاً مما شرط له.

٣- وذهب المالكية[1] إلى أن المضاربة صحيحة، والشرط صحيح، وتخصيص جزء من الربح للأجنبي يكون من قبيل الهبة، لأنه من باب التبرع.

والراجح هو ما ذهب إليه المالكية من صحة المضاربة والشرط، لأن الربح حق خالص لرب المال والعامل، فيجوز لهما أن يتصرفا فيه حسب اتفاقهما، مادام أن حصة كل منهما جزء معلوم شائع من جملة الربح، بشرط أن لا يلحق أحدهما، أو غيرهما ضرر من جراء هذا التصرف، لأن هذا التصرف لا يؤدي إلى جهالة الربح.

الشرط الثاني: أن يكون الربح مشتركاً بين المتعاقدين:

المراد من هذا الشرط هو اشتراك رب المال والعامل في الربح، ليأخذ المالك حصته بملكه، والعامل بعمله فلا يختص به أحدهما. فإذا شرطا جميع الربح لأحدهما، كما لو قال رب المال للعامل: خذ هذا المال مضاربة، والربح كله لك، أو كله لي، فقد اختلف الفقهاء في صحة المضاربة على ثلاثة أقوال:

١- ذهب الحنفية[2] إلى أن اشتراط جميع الربح للعامل يعتبر قرضاً[3]، لأنه إذا لم يكن تصحيحها مضاربة، تصبح قرضاً، لأنه أتى بمعنى القرض، والعبرة في العقود لمعانيها، ولأن كل ربح لا يملك إلا بملك رأس المال، فلما شرطه له جميع الربح فقد ملكه رأس المال، ثم قوله مضاربة شرط لرده، فيكون قرضاً.

أما اشتراط جميع الربح لرب المال فيكون إبضاعاً[4]، لوجود معنى الإبضاع، وبهذا

---

(١) الحطاب، مواهب الجليل٥/ ٣٦٣، الدسوقي، حاشية الدسوقي٣/ ٥٢٣، الخرشي، حاشية الخرشي ٥/ ٢٠٩.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع ٨/ ٣٠٦٤، نظام، الفتاوى الهندية٤/ ٢٨٨، الموصلي، الإختيار٣/ ٢٠.

(٣) القرض: هو دفع مال لمن ينتفع به، ويرد مثله. انظر: الرملي، نهاية المحتاج ٤/ ٢١٥.

(٤) الإبضاع: هو بعث المال مع من يتجر فيه متبرعاً، والبضاعة المال المبعوث. انظر: مغني المحتاج٢/ ٣١٢.

قال الشافعية في رواية لهم[1].

٢- وذهب الشافعية في الراجح عندهم والحنابلة[2] إلى أن اشتراط جميع الربح لأحدهما دون الآخر يفسد المضاربة، لأن المضاربة تقتضي كون الربح بينهما، فإذا شرط اختصاص أحدهما بالربح، فقد شرط ما ينافي مقتضى العقد ففسد.

فإذا شرط جميع الربح للعامل، يكون له أجرة المثل، وإذا شرط جميع الربح لرب المال، يكون جميع الربح له، واختلف في العامل: فقيل: لا أجرة له، وقيل له أجرة المثل لعمله في قراض فاسد.

٣- وذهب المالكية إلى أنه يجوز اشتراط جميع الربح لأحدهما دون الآخر، وتكون المضاربة صحيحة، لأنهما دخلا في القراض، فإذا شرط لأحدهما فكأنه وهب الآخر نصيبه من الربح، فلم يمنع صحة العقد.

والراجح هو فساد المضاربة، لأن صيغة العقد صيغة مضاربة، ولكنها فسدت باشتراط شرط فاسد، وهو شرط كل الربح لأحدهما دون الآخر، وهذا ينافي مقتضى العقد، لأن المضاربة منعقدة على رأس مال من أحد الجانبين، وعمل من الجانب آخر، والربح مشترك بينهما على ما شرطاه. ويستحق العامل أجرة المثل.

وقد أخذ القانون المدني الأردني بهذا الشرط، فنص في المادة (٤/٦٢٢) على: (أن تكون حصة كل من المتعاقدين في الربح جزءاً معلوماً وشائعاً)، وفي المادة (١/٦٢٧) على أنه: (يجب أن يشترك كل من المضارب ورب المال في الربح...)، ولكن القانون لم يتطرق إلى مسألة اشتراط جميع الربح لرب المال، أو للمضارب.

---

(١) الرملي، نهاية المحتاج ٥/ ٢٢٦، الشربيني، مغني المحتاج ٢/ ٣١٢.

(٢) النووي، روضة الطالبين٥/ ١٢٢، الشربيني، مغني المحتاج٢/ ٣١٢، البهوتي، كشاف القناع ٣/ ٤٩٨.

الشرط الثالث: أن يكون مقداره معلوماً:

يشترط لصحة المضاربة معرفة ما لكل من رب المال، والعامل في الربح؛ لأن المعقود عليه هو الربح، وجهالة المعقود عليه توجب فساد العقد.

ويستحق رب المال الربح بالمال، لأن الربح نماء ماله، وبالتالي فلا يفتقر استحقاقه إلى الشرط، بدليل أنه إذا فسد الشرط كان جميع الربح له، أما العامل فلا يستحق الربح إلا بالشرط، لأنه إنما يستحقه بمقابلة عمله، والعمل لا يتقوم إلا بالعقد.

والمقدار المعلوم من الربح لا يتحقق إلا بالنص عليه في العقد، كأن ينص على أن للعامل النصف، ولرب المال النصف، أو للعامل الربع، ولرب المال ثلاثة أرباع.

ولو قال رب المال للعامل: خذ هذا المال مضاربة على أن الربح بيننا، أو الربح مشترك بيننا، فالمضاربة صحيحة، والربح بينهما مناصفة، لأنه سوى بينهما في الإضافة، حيث أضافه إليهما إضافة واحدة لم يترجح فيها أحدهما على الآخر، فاقتضى التسوية، لأن المتبادر منه حينئذ المناصفة. وهو ما يؤيده العرف، كمن قال: هذه الدار بيني وبين فلان، دل على أنها بينهما مناصفة[١].

ولو قال: خذ هذا المال مضاربة، ولي ثلث الربح، ولم يذكر نصيب العامل، فالمضاربة صحيحة، ويكون الباقي للعامل، لأن الربح لهما لا يستحقه غيرهما، فإذا قدر نصيب أحدهما منه فالباقي للآخر من مفهوم اللفظ، كما علم ذلك من قوله تعالى:" فإن لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث"[٢]، ولم يذكر نصيب الأب، فعلم أن الباقي له.

---

(١) الكاساني، بدائع الصنائع ٨/ ٣٥٩١، الدسوقي، حاشية الدسوقي٣/ ٥١٩، النووي، روضة الطالبين ٥/ ١٢٣، البهوتي، كشاف القناع٣/ ٤٩٩.

(٢) سورة النساء: آية (١١).

ولو قال: خذ هذا المال مضاربة، ولك جزء من الربح، أو شيء منه، أو نصيب منه، أو حظ منه، فإن كان هناك عرف يعين قدر الجزء من نصف، أو ثلث مثلاً في المضاربة المقول فيها ذلك، فإنه يعمل به وتصح المضاربة، لأن العرف يقيد الألفاظ، ويرفع الاحتمال والجهالة عن الربح، أما إذا لم يكن هناك عرف يعين قدر الجزء، فإن المضاربة تكون فاسدة، لأن الربح هو المعقود عليه، وجهالة المعقود عليه تفسد العقد، ويكون الربح كله لرب المال، لأنه نماء ماله، وللعامل أجرة مثله[١].

وقد أخذ القانون المدني الأردني بهذا الشرط، فنص في المادة (٤/٦٢٢) على: (أن تكون حصة كل من المتعاقدين في الربح جزءاً معلوماً وشائعاً). وفي المادة (١/٦٢٧) على أنه: (يجب أن يشترك كل من المضارب ورب المال في الربح وذلك بالنسبة المتفق عليها في العقد، فإن لم تعين قسم الربح بينهما مناصفة).

الشرط الرابع: أن يكون الربح شائعاً:

اتفق الفقهاء على أنّه يشترط لصحة المضاربة أن يكون نصيب كل من رب المال والمضارب من الرّبح جزءاً شائعاً كالنصف أو الثلث أو الربع، ولا يجوز تحديده بمبلغ معين، ولا أن يشترط لأحدهما مبلغ محدد مع حصة شائعة من الربح، لأن المضاربة في حقيقتها الشرعية والعرفية إنما هي شركة في الربح، ونظراً لأن الربح الناتج عنها غير معلوم، ولا محقق الوقوع، فإنه يجب أن يكون نصيب كل من رب المال والعامل حصة شائعة منه[٢].

قال ابن المنذر رحمه الله تعالى: (وأجمعوا على إبطال القراض الذي يشترط

---

(١) الحطاب، مواهب الجليل ٥/ ٣٦٠، الدسوقي، حاشية الدسوقي ٣/ ٥١٩، الخرشي، حاشية الخرشي ٥/ ٢٠٦، الآبي، جواهر الإكليل ٢/ ١٧٢، شلبيك، المضاربة التي تجريها البنوك الإسلامية، ص٦٥.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع ٨/ ٣٦٠٢، الدسوقي، حاشية الدسوقي٣/ ٥١٧، النووي، روضة الطالبين ٥/ ١٢٣، البهوتي، كشاف القناع٣/ ٤٩٨، ابن حزم، المحلى ٨/ ٢٤٧.

أحدهما، أو كلاهما لنفسه دراهم معلومة)[١].

فإن شرطا مبلغاً معيناً من الربح لأحد الطرفين، مثل: أن يتفقا على أن يأخذ أحدهما ألف دينار من الربح، أو أقل أو أكثر، والباقي للآخر، فلا يجوز، أو شرطا لأحدهما جزءاً وألف دينار، أو جزءاً إلا ألف دينار، مثل: أن يتفقا على أن يأخذ أحدهما النصف ومائة دينار، أو النصف إلا مائة دينار، فإنه لا يجوز وتكون المضاربة فاسدة؛ لأن المضاربة نوع من الشركة، وهي الشركة في الربح، وشرط مبلغ معين يوجب قطع الشركة في الربح؛ لجواز أن لا يربح العامل غيرها، فيكون ذلك لأحدهما دون الآخر، فلا تتحقق الشركة، وقد يربح كثيراً، فيتضرر من شرطت له.

ولأن العامل إذا شرط له قدر معين من الربح، قد يهمل في حسن قيامه بعمله عندما يبلغ الربح الحصة المشروطة له، ويؤدي ضمانه لهذا القدر توانيه في السعي وراء الربح، لعدم الفائدة العائدة عليه[٢].

المطلب الرابع: أقسام المضاربة

تنقسم المضاربة بالنظر إلى مجال عمل العامل إلى مضاربة مطلقة، ومضاربة مقيدة.

١- المضاربة المطلقة:

المضاربة المطلقة: هي التي لم تقيد بزمان، أو مكان، أو نوع تجارة، أو أناس معينين يتعامل معهم المضارب. وذلك بأن يدفع رب المال للعامل رأس المال، ليعمل به، من غير تعيين لأنواع التجارة، أو أنواع السلع، ومن غير تعيين للزمان، أو المكان، أو من يتعامل معه[٣].

---

(١) الإجماع، ص ١١١، وانظر: ابن قدامة، المغني ٥/ ٣٨.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع ٨/ ٣٦٠٢، النووي، روضة الطالبين٥/ ١٢٣، ابن قدامة، المغني ٥/ ٣٨.

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع٨/ ٣٦٠٥، ابن تيمية الجد، المحرر في الفقه١/ ٣٥١، الماوردي، المضاربة، ص١٥٣.

ويملك المضارب فيها أن يعمل بكل ما من شأنه أن ينمي المال ويثمره، مراعياً العرف الغالب في العمل، وما فيه مصلحة المضاربة.

٢- المضاربة المقيدة:

المضاربة المقيدة: هي التي قيدت بزمن، أو مكان معين، أو نوع تجارة، أو أناس معينين يتعامل معهم المضارب. وذلك بأن يدفع رب المال إلى العامل المال، ويعين له العمل أو المكان، أو الزمان، كأن يعين نوع السلعة، أو السلع التي يتجر فيها، والمكان أو البلد الذي يعمل فيه، والزمان الذي يقع العمل فيه، وقد يحدد له من يتعامل معهم أيضاً(١).

القيد في المضاربة إذا كان مفيداً يثبت، ويجب على المضارب مراعاته والوفاء به، ، وإذا خالف ما قيد به كان ضامناً للمال، لأنه وكيل، والوكيل يتقيد بما قيده به موكله، لأن الأصل في الشروط اعتبارها ما أمكن، وإذا كان القيد مفيداً، كان يمكن الاعتبار، فيعتبر؛ لقوله تعالى:" يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود"، ولقوله عليه الصلاة والسلام:"المسلمون عند شروطهم"(٢). فيتقيّد بالمذكور ويبقى مطلقاً فيما وراءه على الأصل المعهود في المطلق إذا قيّد ببعض المذكور، إنه يبقى مطلقاً فيما وراءه، كالعام إذا خص منه بعضه، إنه يبقى عاماً فيما وراءه. وإذا كان غير مفيد، فإنه لا يصح ولا يثبت، بل يبقى مطلقاً ويجعل كالمسكوت عنه، لأن ما لا فائدة فيه يلغو، ويلحق بالعدم(٣).

عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: كان العباس بن عبد المطلب إذا دفع مالاً

---

(١) المصادر السابقة.

(٢) أبو داود، سنن أبي داود، كتاب الأقضية، باب في الصلح، ح(٣٥٩٤)، البيهقي، سنن البيهقي ٦/ ٧٩. سبق تخريجه والحديث حسن صحيح

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع٨/ ٣٦٠٥، المرغيناني، الهداية٣/ ٢٠٤، الحطاب، مواهب الجليل ٥/ ٣٦٥.

مضاربة، اشترط على صاحبه أن لا يسلك به بحراً، ولا ينزل به وادياً، ولا يشتري به ذات كبد رطبة، فإن فعل فهو ضامن. فرفع شرطه إلى رسول الله ﷺ فأجازه[١].

وعن عروة بن الزبير عن حكيم بن حزام رضي الله عنهما: أنه كان يدفع المال مقارضة إلى الرجل، ويشترط عليه أن لا يمر به بطن واد، ولا يبتاع به حيواناً، ولا يحمله في بحر، فإنْ فعل شيئاً من ذلك فقد ضمن ذلك المال، قال: فإذا تعدى أمره ضمنه من فعل ذلك[٢].

وقد نص القانون المدني الأردني على تقسيم المضاربة إلى مقيدة ومطلقة في المادة (٦٢٤): (يصح أن تكون المضاربة عامة مطلقة، أو خاصة مقيدة بزمان أو مكان، أو بنوع من التجارة، أو بغير ذلك من الشروط المقيدة).

المطلب الخامس: تصرفات المضارب في مال المضاربة

من المتفق عليه بين الفقهاء أن للمضارب أن يتصرف في مال المضاربة، لأن الربح المستهدف بالعقد لا يتحقق إلا بالتصرف في رأس المال، وتنقسم تصرفات المضارب في مال المضاربة إلى أربعة أقسام، هي:

١- التصرفات التي يملكها المضارب بمطلق العقد:

وهذه التصرفات هي التي يملكها المضارب من غير الحاجة إلى التنصيص عليها، ولا إلى قول رب المال للمضارب: اعمل برأيك فيه. فإذا لم يعين رب المال للمضارب العمل، أو المكان، أو الزمان، أو صفة العمل، أو من يعامله، بل قال له: خذ هذا المال مضاربة على كذا فالمضارب يملك العديد من التصرفات التي تعتبر من ضرورات

---

(١)سبق تخريجه، ص (٢٨٧).

(٢) البيهقي : السنن الكبرى ٦/ ١٨٤كتاب القراض باب المضارب يخالف ما فيه زيادة.. وقال الألباني: وهذا سند صحيح على شرط الشيخين. ارواء الغليل ٥/ ٢٣٩.

التجارة ولو لحقها، مما جرت به عادة التجار، كالبيع، والاستئجار، والتوكيل، والرهن، والإبضاع، والإحالة؛ ونحو ذلك، لأن كل ذلك من عمل التجار[١].

وقد نص القانون المدني الأردني على هذا الأمر في المادة (٦٢٥/١)، فقال: (إذا كان عقد المضاربة مطلقاً، اعتبر المضارب مأذوناً بالعمل والتصرف برأس المال في شئون المضاربة، وما يتفرع عنها، وفقاً للعرف السائد في هذا الشأن).

٢- التصرفات التي يملكها المضارب بالتفويض العام:

وهذه التصرفات لا يملكها المضارب بمطلق العقد، بل لابد من وجود دلالة تدل على التحاقها بعقد المضاربة، فإذا وجد ما يدل على التحاقها بعقد المضاربة، كقول رب المال للمضارب: اعمل برأيك، التحقت به، وذلك مثل دفع المال مضاربة، أو شركة إلى غيره، وخلط مال المضاربة بماله، أو بمال غيره.

وليس للمضارب أن يعمل شيئاً من ذلك، إذا لم يقل له رب المال ذلك، لأن:

أ- المضاربة مثل المضاربة، والشيء لا يستتبع مثله، فلا يستفاد بمطلق عقد المضاربة مثله، ولهذا لا يملك الوكيل توكيل الغير بمطلق عقد وكالته، بل لابد من إذن الموكل له بتوكيل الغير.

ب- والشركة لا يملكها بمطلق العقد، لأنها أقوى من المضاربة وأعم، والشيء لا يستتبع مثله، فما فوقه أولى.

ج- والخلط لأنه يوجب في مال رب المال حقاً لغيره، فلا يجوز إلا بإذنه[٢].

ويدخل في هذا القسم أيضاً البيع نسيئة وبغير نقد البلد، لأن ذلك يوجب نقصاً

---

(١) الكاساني، بدائع الصنائع٨/ ٣٦٠٥، الدسوقي، حاشية الدسوقي٣/ ٥٢١، الشربيني، مغني المحتاج٢/ ٣١٥، ابن قدامة، المغني٥/ ٢١، البهوتي، كشاف القناع ٣/ ٥٠٠.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع ٨/ ٣٦٢٥.

في رأس المال، ويؤثر فيه، فلابد من تفويض المالك له فيه[1].

وقد نص القانون المدني الأردني على هذا الأمر في المادة (٦٢٦/١)، فقال: (ولا يجوز للمضارب خلط مال المضاربة بماله، ولا إعطاؤه للغير مضاربة، إلا إذا جرى العرف بذلك، أو كان رب المال قد فوضه العمل برأيه).

٣- التصرفات التي لا يملكها المضارب إلا بالإذن الصريح:

وهذه التصرفات لا يملكها المضارب بمطلق العقد، ولا بقوله: اعمل برأيك، إلا أن ينص عليه رب المال، وإن عملها المضارب بغير إذن ونص من رب المال، وقعت للمضارب، ونفذت عليه وحده، لأنها ليست من باب التجارة، ولا من أعمال التجار، فلم يقصدها رب المال ضمناً في عقد المضاربة، كما أنه قد تلحق الضرر برب المال، لأنه المالك لرأس مال المضاربة، والمتحمل وحده دون المضارب الخسائر التي تلحق برأس المال، ومن ذلك الاستدانة، فليس له أن يستدين على مال المضاربة، ولو قال له رب المال: اعمل برأيك، لأن قوله: اعمل برأيك، تفويض إليه فيما هو من المضاربة، والاستدانة لم تدخل في عقد المضاربة، فلا يملكها المضارب، إلا بإذن رب المال بها نصاً، وليس له أيضاً أن يقرض مال المضاربة، لأنه تبرع في مال الغير، ومال الغير لا يقبل التبرع. وكذلك الصدقة والهبة، لأن هذه الأمور لا تدخل في التجارة، ولا يتناولها التوكيل والتفويض[2].

وقد نص القانون المدني الأردني على هذا الأمر في المادة (٦٢٦/٢)، فقال: (كما لا يجوز له هبة مال المضاربة، ولا إقراضه إلى حد يصبح معه الدين أكثر من رأس المال،

---

(١) المرغيناني، الهداية ٣/ ٢١٠، الحلبي، ملتقى الأبحر ٢/ ١٣٧، ابن قدامة، المغني ٥/ ٥٠، البهوتي، كشاف القناع ٣/ ٥٠٢.

(٢) نظام، الفتاوى الهندية ٤/ ٢٩٢، الخرشي، شرح الخرشي ٥/ ٢١٦، الشربيني، مغني المحتاج ٢/ ٣١٦، ابن قدامة، المغني ٥/ ٤٧، الماوردي، المضاربة، ص ١٨٥.

إلا بإذن صريح من رب المال).

٤- التصرفات التي لا يملكها المضارب مطلقاً:

وهذه التصرفات لا يملكها المضارب مطلقاً، لا بالإذن الصريح، ولا بالتفويض العام، ولا يجوز أن يعمله أصلاً، ومن ذلك جميع التصرفات التي حرمها الشرع، كأن يشتري ما لا يملك بالقبض، نحو شراء الميتة، والدم، والخمر، والخنزير، لقوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةُ وَٱلدَّمُ وَلَحْمُ ٱلْخِنزِيرِ﴾ [المائدة: ٣]، ولقوله ﷺ: " إن الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام"[(١)]، ولأن المضاربة تتضمن الإذن بالتصرف الذي يحصل به الربح، والربح لا يحصل إلا بالشراء والبيع، فما لا يملك بالشراء لا يحصل فيه الربح، وما يملك بالشراء لكن لا يقدر على بيعه لا يحصل فيه الربح أيضاً فلا يدخل تحت الإذن[(٢)].

المطلب السادس: ما يستحقه كل من طرفي المضاربة

من المعلوم أن كلاً من طرفي المضاربة يستحق ما شرط له من الربح عند حصوله، كما وأن المضارب يستحق نفقاته الخاصة من مال المضاربة في بعض الأحوال، سواء كان يعمل في بلد العقد، أو سافر بمال المضاربة ابتغاء تنميته وتثميره. وسنبين هنا كل ما يستحقه المضارب، وما يستحقه رب المال كما يلي:

أولاً: ما يستحقه المضارب في المضاربة:

يستحق المضارب بعمله في مال المضاربة الصحيحة شيئين: النفقة، والربح المسمى.

---

(١) مسلم، صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب تحريم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام، ح(١٥٨١)، أبو داود، سنن أبي داود، كتاب الإجارة، باب في ثمن الخمر والميتة، ح(٣٤٨٦).

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع٨/ ٣٦٣٠، السرخسي، المبسوط٢٢/ ٦٠، الباجي، المنتقى٥/ ١٨٥، الشربيني، مغني المحتاج٥/ ٢٣٤، ابن قدامة، المغني٥/ ٥١، البهوتي، كشاف القناع٣/ ٥٠٤.

١- نفقة المضارب: النفقة في المضاربة تتضمن القدر الذي يحتاجه الإنسان في العادة، وهذا القدر يختلف بحسب الاحتياج دورياً في كل يوم، أو في كل فترة من الزمن.

ونفقة المضارب إما أن تكون:

أ- في الحضر: أي حال كونه يعمل في بلد العقد، فلا يستحق المضارب النفقة، وإنما نفقته من مال نفسه، لأن إقامته لم تكن لأجل المضاربة كي يستحق نفقته منها، ولأنه قد شرط له نصيباً من الربح فلا يستحق شيئاً آخر، ولأن النفقة قد تكون مساوية للربح، فيؤدي ذلك إلى انفراده به، وقد تكون أكثر من الربح، فيؤدي ذلك إلى أخذ المضارب جزءاً من رأس المال، وهو لا يصح، وبهذا قال جمهور الفقهاء الحنفية، والمالكية، والشافعية، والظاهرية[١]. إلا إذا كان استحقاق النفقة متعارفاً عليه بين التجار، لأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، أو كانت للمضارب صنعة ينفق منها، فتركها لأجل عمل المضاربة، فيستحق في هذا الحالة النفقة[٢].

وذهب الحنابلة[٣] إلى أن المضارب يستحق النفقة بالشرط، أو بالعرف الغالب، لأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، ولقول النبي ﷺ:" المؤمنون على شروطهم"[٤].

ب- في السفر: وذلك إذا سافر لمال المضاربة من أجل تنميته واستثماره، وذلك إذا أذن رب المال له بذلك، أو أطلق المضاربة، فيجوز للمضارب أن ينفق من مال المضاربة بالمعروف من غير إسراف، ولا تقتير مدة سفره، ومدة إقامته إلى أن يرجع إلى بلده. لأن سفر المضارب كان من أجل المضاربة، وصار محتبساً عن أوجه الكسب الأخرى، وسفره كان من أجل المتاجرة بمال المضاربة، ولغرض حصول الربح، فلو لم

---

(١) السرخسي، المبسوط٢٢/ ٦٢، ابن رشد، بداية المجتهد٣/ ٥٣٠، الشربيني، مغني المحتاج٢/ ٣١٧، ابن حزم، المحلى٨/ ٢٤٨، الماوردي، المضاربة، ص١٧٠-١٧١.

(٢) الدسوقي، حاشية الدسوقي٣/ ٥٣٠.

(٣) ابن قدامة، المغني ٥/ ٧٠، البهوتي، كشاف القناع ٣/ ٥٠٧، المرداوي، الإنصاف ٥/ ٤٤٠.

(٤) سبق تخريجه، ص (٢٨٧).

تجعل نفقته من مال المضاربة لامتنع الماس من قبول المضاربات، مع أن الحاجة ماسة لقيام المضاربة من أجل الاستثمار، وبهذا قال جمهور الفقهاء الحنفية، والمالكية، والشافعية في أحد قوليهم[١].

وذهب الشافعية في الظاهر عندهم، والظاهرية[٢] إلى أن المضارب لا يستحق النفقة في السفر كالحضر، لأن له نصيباً من الربح، فلا يستحق شيئاً آخر.

وللمضارب جميع نفقته من مأكل، وملبس ونحو ذلك بالمعروف، فينفق على قدر ما كان ينفق على نفسه غير متعد بالنفقة، ولا مضر بالمال، ولا تقدر النفقة لأن الأسعار تختلف، ولأن تقديرها يفضي إلى اختصاص العامل بفضلها إن رخص، وإلى تحمل بعضها إن علا، وإنما يرجع فيها إلى العرف، ذلك أن العرف يتغير من زمن إلى آخر، فقد يكون هناك شيء معتاد عليه في زمن غير معتاد عليه في زمن آخر.

فالقاعدة: أن كل ما هو متعارف بين الناس، ويعتبر حاجة للإنسان جاز للمضارب أن ينفقه على نفسه، من مال المضاربة بالمعروف[٣].

وتحتسب نفقة المضارب إذا أنفق من مال المضاربة من الربح أولاً، إن كان في المال ربح، فإن لم يكن هناك ربح، أو كانت هناك خسارة حسبت النفقة من رأس المال، وجعلت كأنها جزء تالف منه، والأصل أن الهلاك ينصرف إلى الربح ويجبر به.

وإذا رجع المضارب من سفره إلى بلده التي يقيم فيها، فما فضل عنده من النفقة رده إلى المضاربة، لأن الإذن له بالنفقة كان لأجل السفر، فإذا انقطع السفر لم يبق الإذن، فيجب رد ما بقي إلى المضاربة[٤].

---

(١) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين٥/ ٦٤٨، الخرشي، شرح الخرشي٥/ ٢١٧، الشربيني، مغني المحتاج ٢/ ٣١٧.
(٢) النووي، روضة الطالبين٥/ ١٣٥، الرملي، نهاية المحتاج٥/ ٢٣٥، ابن حزم، المحلى٨/ ٢٤٨.
(٣) الكاساني، بدائع الصنائع٨/ ٣٦٤٧، الدسوقي، حاشية الدسوقي٣/ ٥٣٠، الرملي، نهاية المحتاج ٥/ ٢٣٥، ابن قدامة، المغني٥/ ٤٢.
(٤) البابرتي، شرح العناية ٨/ ٤٧٦، المواق، التاج والأكليل٥/ ٣٦٧، النووي، روضة الطالبين٥/ ١٣٥، البهوتي، كشاف القناع ٣/ ٥٠٧.

٢- الربح المسمى: الربح عبارة عن ما زاد عن رأس المال، نتيجة عمل المضارب في المال وتثميره، فهو ثمرة لالتقاء رأس المال بالعمل البشري، ولهذا يستحق كل منهما ما شرط له من الربح عند تحققه، وقد اختلف الفقهاء في كيفية تملك العامل لحصته من الربح إذا ظهر في المضاربة ربح، وأراد العاقدان أن يتقاسماه مع استمرار المضاربة على قولين:

أ- ذهب الشافعية في رواية، والحنابلة، والظاهرية[1] إلى أن المضارب يملك حصته من الربح بمجرد ظهوره ولو لم يقسم المال. أي أنه تجوز المحاسبة وقسمة الربح إذا نض[2] مال المضاربة، مع بقاء المضاربة واستمرارها، لأن الربح حق خالص لهما لا يعدوهما، فجاز لهما أن يتقاسماه كالشريكين.

فإذا حدثت خسارة لاحقة، فإنها لا تجبر بالربح الأول، لأن قسمة الربح تمت بموافقة طرفي المضاربة، واستقر ملك كل طرف في نصيبه من الربح، فكانت المحاسبة والقسمة بمثابة فسخ للمضاربة الأولى، وتجديد عقد آخر، فيأخذ كل منهما حكم نفسه، ولا تجبر خسارة أحدهما بربح الآخر[3].

ب- وذهب الحنفية، والمالكية، والشافعية في الظاهر عندهم، والحنابلة في رواية[4] إلى أن المضارب يملك حصته من الربح بعد القسمة، وتملك رب المال لرأس ماله، فلا تصح قسمة الربح قبل قبض رأس المال.

وعليه لو قسم الربح، وبقيت المضاربة، ثم هلك المال أو بعضه لم تصح القسمة،

---

(١) الشربيني، مغني المحتاج٢/ ٣١٨، البهوتي، كشاف القناع٣/ ٥١٠، ابن حزم، المحلى٨/ ٢٤٨.

(٢) النض: الإظهار، ونض المال أي صار عيناً بعدما كان متاعاً. انظر: الفيروز آبادي، القاموس المحيط١/ ٨٤٥، الأزهري، تهذيب اللغة ١١/ ٣٢١.

(٣) ابن حزم، المحلى ٨/ ٢٤٨، القضاة، السلم والمضاربة، ص ٣٦١.

(٤) الكاساني، بدائع الصنائع٨/ ٣٦٥٢، المواق، التاج والأكليل٥/ ٣٦٦، الشربيني، مغني المحتاج ٢/ ٣١٨، ابن قدامة ٥/ ٥٧.

وما أخذه رب المال فهو محسوب عليه من رأس ماله، وما أخذه المضارب دين عليه، يرده إلى رب المال، حتى يستوفي رب المال رأس ماله، وما فضل فهو بينهما، لأن قسمة الربح قبل قبض رأس المال موقوفة، فإذا قبض رب المال رأس ماله نفذت القسمة. لقوله ﷺ: " مثل المصلي كمثل التاجر، لا يخلص له ربحه حتى يخلص له رأس ماله، كذلك المصلي لا تقبل نافلته حتى يؤدي الفريضة"[١]. فبين النبي ﷺ أن قسمة الربح قبل قبض رأس المال لا تصح. ولأن الربح زيادة، والزيادة على الشيء لا تكون إلا بعد سلامة الأصل، لأن رأس المال أصل، والربح تبع، ولا معتبر بالتبع قبل حصول الأصل.

والراجح هو القول الأول من أن المضارب يملك حصته من الربح بمجرد ظهوره ولو لم يقسم المال، لأن الربح هو ما زاد عن رأس المال في أي وقت من الأوقات، وهو حق خالص لهما، فجاز لكل منهما قسمته إذا تراضيا على ذلك طبقاً للشروط المتفق عليها بينهما.

ثانياً: ما يستحقه رب المال في المضاربة:

يستحق رب المال الربح المسمى إذا كان في المال ربح، وإن لم يكن فلا شيء له على المضارب.

---

(١) المنذري، الترغيب والترهيب ١/ ٣٣٨، ح(١٣). الحديث ضعيف، انظر: الألباني، ضعيف الترغيب والترهيب ١/ ٧٢.

المطلب السابع: انتهاء عقد المضاربة

تنتهي شركة المضاربة بعدة أمور هي:

١- الفسخ بالإرادة المنفردة لأحد العاقدين:

عقد المضاربة من العقود الجائزة غير اللازمة عند جميع الفقهاء[1]، وعلى ذلك فإنه يجوز لكل من رب المال، والمضارب فسخها متى شاء، بأي لفظ من ألفاظه كالفسخ، والبطلان، وما إلى ذلك من الألفاظ التي ينتهي بها العقد، بشرط أن يكون المال ناضاً على صفته الأصلية، كأن يكون المضارب لم يبدأ بالعمل بعد، أو أنه عمل ونضض المال، لأن فسخ العقد قبل تصرف المضارب في رأس مال المضاربة بالبيع والشراء، لا يلحق ضرراً برب المال، ولا المضارب، وإنما غاية ما فيه هو رفع للعقد قبل تقرر أحكامه، فيرجع رأس المال إلى ربه على حالته، ولا يتضرر المضارب، لأنه لم يبدأ بالعمل، فلم يضيع عليه أي جهد.

فإذا كان مال المضاربة غير ناض، أي إذا بدأ المضارب بالتصرف في مال المضاربة بالبيع والشراء، وأراد رب المال فسخ المضاربة، فقد اختلف الفقهاء في جواز ذلك على قولين:

أ- ذهب الحنفية، والمالكية، وبعض الحنابلة[2] إلى أن العقد يكون لازماً، ولا يملك رب المال فسخ المضاربة، ولا ينعزل المضارب مادام المال عرضاً، بل له حق التصرف حتى ينض رأس المال.

وحجتهم: أن الفسخ فيه إبطال لحق المضارب في التصرف بالمال، وهذا فيه ضرر يلحق بالمضارب، لأن حقه قد ثبت في الربح، بمقتضى صحة العقد، والربح إنما

---

(١) الكاساني، بدائع الصنائع٨/ ٣٦٥٥، ابن رشد، بداية المختهد٢/ ٢٤٠، الشربيني، مغني المحتاج ٢/ ٣١٩، البهوتي، كشاف القناع٣/ ٤٩٥، ابن حزم، المحلى ٨/ ٢٤٩.

(٢) المرغيناني، الهداية٣/ ٢٠٩، الحطاب، مواهب الجليل ٥/ ٣٦٩، البهوتي، كشاف القناع ٣/ ٤٩٦.

يظهر بالقسمة، والقسمة تبتني على رأس المال بتمييزه، ورأس المال إنما ينض-أي يتيسر ويحصل- بالبيع.

وكذلك لا يملك المضارب فسخ المضاربة حتى ينض رأس المال، وذلك مراعاة لحق رب المال، ولما يلحق الضرر برب المال من جراء الفسخ، لأنه إذا فسخ المضارب المضاربة والمال عرض، فإنه يلحق الضرر برب المال، لأن العروض أصعب تداولاً من النقد، وتحويلها إلى نقد يحتاج إلى جهد وعناء هما من عمل المضارب.

ب- وذهب الشافعية، والحنابلة في المذهب، والظاهرية(١) إلى أن المضاربة عقد غير لازم على كل حال، فيجوز لكل من رب المال والمضارب فسخ المضاربة متى شاء، بشرط أن يعلم صاحبه بذلك، سواء بدأ المضارب بالعمل أو لم يبدأ.

وحجتهم: أن عقد القراض عقد جائز من الطرفين، لأن أوله وكالة، أي أن المضارب يعمل بوصفه وكيلاً عن رب المال، وبعد ظهور الربح شركة، وكلاهما عقد جائز، فلكل من رب المال والمضارب الفسخ، ولأنه متصرف في مال غيره بإذنه، فهو كالوكيل، ويجوز للموكل أن يعزل الوكيل قبل تمام العمل، كما يجوز للوكيل أن يعزل نفسه قبل تمام ما وكل فيه، ولا فرق بين ما قبل التصرف وبعده(٢).

وليس لهذا الخلاف أثر عملي، فعلى الرأي الأول أن العقد باق إلى أن ينض رأس المال، ولا ينفسخ في الحال، وعلى الرأي الثاني أن العقد انتهى بمجرد طلب الفسخ، لكن يجب بعد ذلك تنضيض رأس المال رعاية لحق المضارب، لا باعتبار أن العقد لا يزال قائماً، وعلى كلا القولين لا يجوز للمضارب أن يتصرف في المال بالشراء بعد الفسخ، وإنما له أن يبيع العروض فقط لتنضيضها وتصفية المضاربة(٣).

---

(١) الرملي، نهاية المحتاج٥/ ٢٣٨، ابن قدامة، المغني ٥/ ٦٤، ابن حزم، المحلي ٨/ ٢٤٩.

(٢) الحصني، كفاية الاخيار ١/ ٣٠٥، ابن قدامة، المغني ٥/ ٦٤، ابن حزم، المحلى ٨/ ٢٤٩.

(٣) شلبيك، المضاربة التي تجريها البنوك الإسلامية، ص ١٥٥-١٥٦.

وقد نص القانون المدني الأردني على هذا الأمر في المادة (٦٢٩)، فقال: (تنتهي المضاربة بفسخ العقد من قبل أحد المتعاقدين ....).

٢- وفاة أحد العاقدين (رب المال أو المضارب):

لا خلاف بين الفقهاء أن الموت سبب من أسباب انتهاء المضاربة، لأن المضاربة مبنية على إذن رب المال للمضارب في التصرف بمال المضاربة، ولأنها من العقود الجائزة دون اللازمة، فتفسخ بموت أحدهما كالوديعة والوكالة[١].

وقد نص القانون المدني الأردني على هذا الأمر في المادة (٦٣٣)، فقال:

(تنفسخ المضاربة إذا مات أحد المتعاقدين أو جن جنوناً مطبقاً أو حجر عليه).

فإذا مات رب المال انتهت ولايته على ماله، وانتقل الملك إلى ورثته، ويمنع المضارب من التصرف في مال المضاربة بالبيع والشراء، إذا كان رأس المال ناضاً، لأن الجهة التي تعاقد معها لم تبق لها ولاية على المال، وإنما انتقلت إلى الورثة، وللورثة أن يسترجعوا رأس المال إذا لم يكن فيه ربح، فإن كان فيه ربح قسم بناء على شرط المتعاقدين.

وإذا كان رأس الماس عرضاً، جاز للمضارب التصرف في مال المضاربة بالبيع فقط من غير استئذان الورثة، ولا يجوز له أن يشتري بثمنه شيئاً، أو السفر به من غير إذن الورثة، لأن البيع من حقوق العقد الماضي، وليس الشراء من حقوقه إلا بعقد مستأنف[٢].

وإذا كان المتوفى المضارب، وكان رأس المال ناضاً، أخذه رب المال وحصته من

---

(١) السمرقندي، تحفة الفقهاء٣/ ٣١، ابن عبد البر، الكافي، ص ٣٨٦، الشربيني، مغنى المحتاج٢/ ٣١٩، البهوتي، كشاف القناع٣/ ٥١٢، ابن حزم، المحلى ٨/ ٢٤٩.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع٨/ ٣٦٦٢، الآبي، جواهر الأكليل٢/ ١٧٤، النووي، روضة الطالبين ٥/ ١٤٣، البهوتي، كشاف القناع٣/ ٥١٣.

الربح إن وجد، ويأخذ ورثة المضارب حصته من الربح، وإن كان في المال خسارة، أخذ رب المال ما تبقى من رأس المال، ولا شيء لورثة المضارب. فإن كانت الخسارة بسبب تعد، أو تفريط من المضارب قبل موته ضمن، وبالتالي تضمن الورثة الخسارة[١].

وإذا كان المال غير ناض، فقد اختلف الفقهاء في جواز تصرف ورثة المضارب في العروض ببيعها وتنضيض مالها على قولين:

أ- ذهب المالكية والظاهرية[٢] إلى أن للورثة بيع العروض وتنضيضها بعد وفاة مورثهم، لأن لمورثهم حقاً في المضاربة، وهذا الحق انتقل إلى ورثته بعد وفاته، ولا يمكن تمييز حقهم ومعرفته إلا بتنضيض العروض، وليس لرب المال إبطال حق انتقل إلى الورثة بعد موت مورثهم.

ويعتبر عمل الورثة عند الظاهرية من قبيل الإصلاح للمال، وبذلك لو هلك شيء منه بدون تعد أو تقصير من الوارث فلا ضمان عليه، ويستحق الورثة في هذه الحالة أجر مثل عمله، ويكون الربح لرب المال[٣].

أما المالكية فيعتبرون عقد المضاربة من العقود الموروثة، ويشترطون في الورثة أن يكونوا أمناء مثل مورثهم، حتى لا يلحق الضرر برب المال، فيبيعوا ما بقي من سلع المضاربة، ويأخذوا حظ مورثهم من الربح. فإن لم يكونوا أمناء كان لهم أن يأتوا بأمين، يكمل العمل في مال المضاربة ويكون بصيرا بالبيع والشراء، ويدفعون له أجرته من مالهم الخاص[٤].

ب- وذهب الحنفية، الشافعية، والحنابلة[٥] إلى أن الولاية على عروض التجارة

---

(١) نظام، الفتاوى الهندية٤/ ٣٣٠، الخرشي، شرح الخرشي٥/ ٢٢٦، البهوتي، كشاف القناع٣/ ٥١٢.

(٢) الدسوقي، حاشية الدسوقي٣/ ٥٣٦، المواق، التاج والأكليل٥/ ٣٦٩، ابن حزم، المحلى٨/ ٢٤٩.

(٣) ابن حزم، المحلى٨/ ٢٤٩.

(٤) الآبي، جواهر الأكليل٢/ ١٧٧، ابن رشد، بداية المجتهد٢/ ٢٤٠، الباجي، المنتقى٥/ ١٧٤-١٧٥.

(٥) القاضي زاده، تكملة رد المحتار٨/ ٣٠٦، الشربيني، مغني المحتاج٢/ ٣١٩، ابن قدامة، المغني ٥/ ٦٧.

تكون مشتركة بين رب المال وورثة المضارب، فلا يجوز للورثة التصرف فيها إلا بإذن رب المال، وكذا لا يجوز لرب المال التصرف فيها إلا بإذن الورثة. لأن الحق كان للمضارب، ولكن الملك لرب المال، فصار بمنزلة مال مشترك بين اثنين، فيكون الأمر إليهما.

ج- وذهب بعض الحنفية[١] إلى أن لوصي المضارب بيع العروض وتنضيضها، محافظة على حق المضارب حتى يتعين مقدار الربح، فإن لم يكن للمضارب وصي، عين القاضي وصياً يبيعها، فيوفي رب المال رأس ماله وحصته من الربح، ويعطي ورثة المضارب نصيب مورثهم منه.

والراجح هو قول الجمهور من أنه لا يجوز للورثة التصرف إلا بإذن رب المال، لأن الورثة ليسوا الطرف الذي أبرم العقد مع رب المال، وليسوا الجهة التي وضع رب المال ثقته فيها.

فإذا أذن لهم جاز لهم بيع العروض وتنضيض المال، وتسليم رأس المال إلى ربه، وحصته من الربح إن كان هناك ربح، ويأخذ الورثة نصيب مورثهم من الربح.

٣- فقدان أهلية أحد العاقدين:

اتفق الفقهاء على أن المضاربة تنفسخ إذا اعترى أحد طرفيها ما يخل بأهلية الأداء عنده، كالجنون المطبق، أو الحجر لسفه، لأنها عقد جائز من الطرفين فبطل بذلك كالوديعة والوكالة، ولأن المضارب متصرف في مال رب المال بإذنه، فإذا أصاب رب المال ما يخل بأهليته، فقد بطلت أهليته للأمر، وإذا أصاب المضارب ما يخل بأهليته فقد بطل تصرفه[٢].

وقد نص القانون المدني الأرني على هذا الأمر في المادة (٦٣٣)، فقال: (تنفسخ

---

(١) القاضي زاده، تكملة رد المحتار٨/ ٣٠٦، نظام، الفتاوى الهندية ٤/ ٣٣٠.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع٨/ ٣٦٦٢، الشربيني، مغني المحتاج٢/ ٣١٨، المرداوي، الإنصاف ٥/ ٤٥١.

المضاربة إذا مات أحد المتعاقدين أو جن جنوناً مطبقاً أو حجر عليه).

٤- الحجر على رب المال بالفلس:

إذا أفلس رب المال، وحجر على أمواله، انفسخت المضاربة، لأن الحجر على أمواله ينهي ولايته عليها، ورأس مال المضاربة من جملة أمواله.

أما الحجر على المضارب إذا أفلس، فلا أثر له على عقد المضاربة، فلا ينتهي به عقد المضاربة، لأن الحجر إنما يقع على المال، ولا مال له في المضاربة كي يحجر عليه فيه، وإنما هو متصرف في مال غيره بالوكالة، والحجر بالفلس لا يمنع أن يكون المحجور عليه وكيلاً لغيره[1].

فإذا انفسخت المضاربة بالحجر على رب المال، كان المضارب مقدماً على سائر الغرماء باستيفاء نصيبه من الربح، لأن حقه متعلق بعين المال، لا بذمة ربه، فيكون مقدماً كتقديم حق المرتهن في العين المرهونة.

وقد نص القانون المدني الأردني على هذا الأمر في المادة (٦٣٣)، فقال: (تنفسخ المضاربة إذا مات أحد المتعاقدين أو جن جنوناً مطبقاً أو حجر عليه).

٥- هلاك مال المضاربة قبل التصرف فيه:

اتفق الفقهاء على أن هلاك مال المضاربة بعد قبضه بلا تعد، ولا تقصير، وقبل تصرف المضارب فيه بالبيع والشراء مبطل للمضاربة[2]، لأن المال الذي تعين للمضاربة وتعلق به عقدها قد هلك وزال، فبهلاكه يفوت المحل. ولا يضمن المضارب رأس المال، لأن المضارب أمين، والأمين لا يضمن إلا بالتعدي، أو التفريط.

---

(١) الرملي، نهاية المحتاج ٥/ ٢٣٩، الشربيني، مغني المحتاج ٢/ ٣١٤.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع٨/ ٣٦٦٤، الدسوقي، حاشية الدسوقي٣/ ٥٢٩، الشربيني، مغني المحتاج ٢/ ٣١٩، البهوتي، كشاف القناع ٣/ ٥٠٨.

وإذا هلك بعض رأس المال قبل التصرف فيه بالبيع والشراء، فالمضاربة باقية باتفاق الفقهاء ولكن اختلفوا فيما إذا كان الجزء التالف يحسب من رأس المال، بحيث يجبر من الربح، أو أنه يخصم من رأس المال، على قولين:

١- ذهب الحنفية، والمالكية، والشافعية في قول[1] إلى أن المال التالف يحسب، ويجبر من الربح اللاحق، ويعتبر خسارة لحقت المضاربة، فمتى عمل المضارب بالمال بعد التلف، وربح جبر ما نقص من رأس المال، ثم يقتسمان ما بقي من الربح بعد ذلك على شرطهما.

وحجتهم: أن المال صار مضاربة بمجرد قبض المضارب له، ولأن رأس المال أصل، والربح تبع، ولا معتبر بالتبع قبل حصول الأصل، فمتى هلك منه شيء اكتمل منه التبع.

أما إذا تفاصلا بأن أعاد المضارب ما بقي من رأس المال إلى رب المال، وقبضه منه، وفسخا العقد، ثم دفعه إليه مضاربة، كانت هذه مضاربة مستقلة تأخذ حكم نفسها، ولا يجبر التلف الحاصل قبل قبض المال بالربح الحاصل بعده.

٢- وذهب الشافعية في الصحيح عندهم، والحنابلة[2] إلى أن التالف يحسب من رأس المال، ولا يجبر من الربح، فإن تلف بعض رأس المال قبل تصرف المضارب فيه، انفسخت المضاربة في الجزء التالف، وكان رأس المال هو الباقي خاصة.

وحجتهم: أن التالف قبل التصرف في رأس المال يخرج عن كونه مضاربة، لأن العقد لم يتأكد بالعمل، ولأنه مال هلك على جهته قبل التصرف، أشبه التالف قبل القبض.

---

(١) السرخسي، المبسوط٢٢/ ٦٤، الدسوقي، حاشية الدسوقي٣/ ٥٢٩، النووي، روضة الطالبين٥/ ١٣٩.

(٢) الشربيني، مغني المحتاج٢/ ٣١٩، ابن قدامة، المغني٥/ ٦٠، الماوردي، المضاربة، ص ٢١٥.

والراجح هو القول الأول، لأن المضاربة تنعقد بمجرد تسليم رأس المال إلى المضارب، فتأخذ جميع أحكامها، ومن أحكامها أن تجبر الخسارة، أو التلف من الربح اللاحق.

وأما إذا هلك رأس المال بعد تصرف المضارب في مال المضاربة بالبيع والشراء بدون تعد أو تفريط، بطلت المضاربة لزوال محلها، وإذا دفع رب المال مالاً آخر بدل الهالك، فتكون مضاربة جديدة، رأس مالها ما دفعه رب المال دون الهلاك، فلا يجبر خسر الأول بالثاني[١].

وإذا هلك بعضه بعد التصرف فيه، فإن المال التالف يجبر ويحسب من الربح، لأنها مضاربة واحدة، وقد تصرف المضارب في مال المضاربة بالشراء، وبالتصرف صار مضاربة، فلا يأخذ المضارب شيئاً، حتى يرد ما تصرف فيه إلى مالكه[٢].

---

(١) الدسوقي، حاشية الدسوقس٣/ ٥٢٩، الخرشي، شرح الخرشي٥/ ٢١٧، النووي، روضة الطالبين ٥/ ١٤٠.

(٢) نظام، الفتاوى الهندية٤/ ٣١٨، الدسوقي، حاشية الدسوقي٣/ ٥٢٩، الرملي، نهاية المحتاج٥/ ٢٣٨، البهوتي، كشاف القناع٥/ ٥٠٨، الماوردي، الضاربة، ص٢١٦.

المبحث السادس

شركة المزارعة

المطلب الأول: تعريف المزارعة في اللغة والاصطلاح

أولاً: تعريف المزارعة في اللغة:

المزارعة في اللغة: مفاعلة من الزرع، مصدر زرع، وهو وضع الحب في الأرض، يقال: زرع الحب، يزرعه، زرعاً، وزراعة، إذا بذره، وزرع الأرض: حرثها، ومكان الزرع، يقال له: المزدرع والمزرعة[١]. وزرعه الله: أي أنبته وأنماه، ومنه قوله تعالى:" ءأنتم تزرعونه أم نحن الزارعون"، والمزارعة: هي المعاملة على الأرض، ببعض ما يخرج منها.

ثانياً: تعريف المزارعة في الاصطلاح

عرف الفقهاء المزارعة بعدة تعريفات نذكرها كما يلي:

١- عرف الحنفية المزارعة بأنها: عقد على الزرع ببعض الخارج[٢].

قوله (عقد): جنس.

قوله (على الزرع): يشمل المزروع حقيقة وهو الملقى في الأرض قبل الإدراك، أو باعتبار ما يؤول إليه بأن كانت فارغة.

قوله (ببعض الخارج): فصل أخرج سائر العقود ، والمساقاة لأنها عقد على بعض الثمرة.

---

(١) ابن فارس، معجم مقاييس اللغة٣/ ٥٠، ابن منظور، لسان العرب٨/ ١٤١، الفيومي، المصباح المنير، ص٩٦.

(٢) الزيلعي، تبيين الحقائق٥/ ٢٧٨، الموصلي، الاختيار٣/ ٨٥، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين ٦/ ٢٧٤.

٢- وعرفها المالكية بأنها: الشركة في الزرع[١].

٣- وعرفها الشافعية بأنها: عمل على أرض ببعض ما يخرج منها، والبذر من المالك[٢].

٤- وعرفها الحنابلة بأنها: دفع أرض وحب لمن يزرعه ويقوم عليه، أو مزروع ليعمل عليه، بجزء مشاع معلوم من المتحصل[٣].

وعرف القانون المدني الأردني في المادة (٧٢٣) المزارعة بأنها: عقد استثمار أرض زراعية بين صاحب الأرض وآخر يعمل في استثمارها، على أن يكون المحصول مشتركاً بينهما بالحصص التي يتفقان عليها.

يلاحظ أن تعريف القانون قريب من تعاريف الفقهاء، إلا أن القانون لم يتطرق لمن عليه البذر، هل هو من المالك أو الشريك؟.

ويطلق على المزارعة اسم المخابرة من الخبار بفتح الخاء، وهي الأرض اللينة، وقيل المخابرة معاملة أهل خيبر، والمحاقلة، ويسميها أهل العراق: القراح، بالفتح، وهي المزارعة التي لا بناء، ولا شجر فيها، فتسمية المزارعة بها من باب تسمية الشيء ببعض أركانه[٤].

---

(١) الدردير، الشرح الكبير٣/ ٣٧٢، الدسوقي، حاشية الدسوقي ٣/ ٣٧٢.

(٢) النووي، المنهاج ٢/ ٣٢٣، الشربيني، مغني المحتاج ٢/ ٣٢٤.

(٣) البهوتي، كشاف القناع٣/ ٥٣٢.

(٤) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين ٦/ ٢٧٤، الشربيني، مغني المحتاج ٢/ ٣٢٤، البهوتي، كشاف القناع٣/ ٥٣٢.

المطلب الثاني: حكم المزارعة

اختلف الفقهاء في حكم المزارعة على قولين:

القول الأول: ذهب المالكية، والحنابلة، وأبو يوسف ومحمد من الحنفية، وعليه الفتوى عند الحنفية إلى جواز عقد المزارعة[١]، ومشروعيتها مطلقاً، سواء أكانت في أرض لا شجر فيها، أم في أرض فيها شجر، وبين الشجر أرض تصلح للزراعة، وبه قال ابن عباس ومعاذ رضي الله عنهم، ابن المسيب، وطاووس، والزهري، وابن أبي ليلى، وسفيان الثوري، والأوزاعي وغيرهم. واستدلوا بما يلي:

١- عن ابن عمر رضي الله عنهما: أَن النبي ﷺ عامل خيبر بشطر ما يخرج منها من ثمر، أو زرع، فكان يعطي أزواجه، مئة وسق: ثمانون وسق تمر، وعشرون وسق شعير. فقسم عمر خيبر، فخير أزواج النبي ﷺ أَن يقطع لهن من الماء والأرض، أو يمضي لهن، فمنهن من اختار الأرض، ومنهن من اختار الوسق، وكانت عائشة اختارت الأرض[٢].

وجه الدلالة: في الحديث دلالة على جواز المزارعة، فقد أقرها النبي ﷺ، واستمر العمل على ذلك إلى عهد الشيخين أبي بكر وعمر رضي الله عنهما، إلى أن قام عمر بإجلاء اليهود إلى تيماء[٣].

٢- وعن ابن عمر رضي الله عنهما قال: لما فتحت خيبر، سألت يهود رسول الله ﷺ، أن يقرهم على أن يعملوا على نصف ما خرج منها من الثمر والزرع. فقال رسول الله ﷺ:" أقركم فيها على ذلك ما شئنا"[٤].

---

(١) الكاساني، بدائع الصنائع٦/ ١٧٢، الدردير، الشرح الكبير٣/ ٣٧٢، ابن قدامة، المغني٧/ ٥٥٥.

(٢) البخاري، صحيح البخاري، كتاب الحرث والمزارعة، باب المزارعة بالشطر ونحوه، ح(٢٣٢٨)، مسلم، صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب المساقاة والمعاملة بجزء من الثمر والزرع، ح(١٥٥١).

(٣) ابن حجر، فتح الباري ٥/ ١٦.

(٤) مسلم، صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب المساقاة والمعاملة، ح (١٥٥٢).

وجه الدلالة: أن إقرار النبي ﷺ أهل خيبر، دليل على جواز المزارعة.

٣- الإجماع: أجمع الصحابة والتابعون قولاً وعملاً على مشروعية المزارعة، ولم يخالف في ذلك أحد منهم.

قال ابن قدامة رحمه الله تعالى: (قال أبو جعفر محمد بن علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب رضي الله عنه وعن آبائه: عامل رسول الله ﷺ أهل خيبر بالشطر، ثم أبو بكر، وعمر، وعثمان، وعلي، ثم أهلوهم إلى اليوم يعطون الثلث والربع، وهذا عمل به الخلفاء الراشدون مدة خلافتهم، واشتهر ذلك فلم ينكره منكر، فكان إجماعاً)[١].

وفي هذا يقول ابن تيمية رحمه الله تعالى: (فإذا كان جميع المهاجرين كانوا يزرعون، والخلفاء الراشدون، وأكابر الصحابة، والتابعين، من غير أن ينكر ذلك منكر، لم يكن إجماع أعظم من هذا، بل إن كان في الدنيا إجماع فهو هذا، لاسيما وأهل بيعة الرضوان جميعهم زارعو على عهد رسول الله ﷺ، وبعده إلى أن أجلى عمر اليهود إلى تيماء)[٢].

٤- القياس: قياس المزارعة على المضاربة، لأن المزارعة عقد على عمل في المال ببعض نمائه، وكذلك المضارب فإنه يعمل في المال بجزء من نمائه، وهو معدوم حال العقد، بل إن من العلماء كالإمام أحمد يقيس المضاربة على المساقاة والمزارعة، لثبوتهما بالنص، فجعلهما أصلاً يقاس عليه[٣].

القول الثاني: وذهب أبو حنيفة وزفر والشافعي في قول إلى عدم جواز المزارعة

---

(١) المغني ٥/ ٥٢٧.

(٢) مجموع الفتاوى ٢٩/ ٩٧، الفتاوى الكبرى ٤/ ٥٩.

(٣) أبو يوسف، الخراج، ص ٨٨، ابن قدامة، المغني٥/ ٥٦٠، ابن تيمية، مجموع الفتاوى ٢٩/ ١٠١، ابن حجر، فتح الباري ٥/ ١٧.

مطلقاً[١]. واستدلوا بما يلي:

١- عن ثابت بن الضحاك: أن رسول الله ﷺ:" نهى عن المزارعة"[٢].٢- عن رافع بن خديج بن رافع عن عمه ظهير بن رافع قال ظهير:" لقد نهانا رسول الله ﷺ عن أمر كان بنا رافقاً، قلت: ما قال رسول الله ﷺ: فهو حق، قال دعاني رسول الله ﷺ قال:" ما تصنعون بمحاقلكم"، قلت: نؤاجرها على الربع ، وعلى الأوسقِ من التمر والشعِير، قال:" لا تفعلوا أزرعوها، أَو أمسكوها"، قال: رافع: قلت سمعاً وطاعة[٣].

٣- وسأل سليمان بن موسى عطاء فقال: أحدّثك جابر بن عبد الله: أن النبي ﷺ قال:" من كانت له أرض فليزرعها، أو ليزرعها أخاه، ولا يكرها". قال نعم[٤].

٤- أن رسول الله ﷺ أنه:" نهى عن قفيز الطحان"[٥]، والاستئجار ببعض

الخارج (المزارعة) في معناه، والمنهي عنه غير مشروع، فيكون الاستئجار لبعض الخارج غير مشروع كذلك[٦].

٥- أن الاستئجار ببعض الخارج من النصف والثلث والربع ونحوه استئجار ببدل مجهول، أو معدوم، وإنه لا يجوز، كما في الإجارة، وبه تبين أن حديث خيبر محمول على الجزية دون المزارعة صيانة لدلائل الشرع عن التناقض[٧].

---

(١) الكاساني، بدائع الصنائع ٦/ ١٧٢، الزيلعي، تبيين الحقائق ٥/ ٢٧٨، الشربيني، مغني المحتاج ٢/ ٣٢٤.

(٢) مسلم، صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب في المزارعة والمؤاجرة، ح(٣٩٥٥).

(٣) البخاري، صحيح البخاري، كتاب الحرث والمزارعة، باب ما كان من أصحاب النبي ﷺ يواسي بعضهم بعضاً في الزراعة والثمرة، ح (٢٣٣٩).

(٤) مسلم، صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب كراء الأرض، ح(٣٩٢١).

(٥) البيهقي، سنن البيهقي، باب النهي عن عسب الفحل، ح(١٠٦٣٦)، الدارقطني، سنن الدارقطني، ٣/ ٤٧، ح(١٩٥).وصححه الألباني في صحيح الجامع حديث رقم(٦٩٦٧)

(٦) الكاساني، بدائع الصنائع ٦/ ١٧٥.

(٧) الكاساني، بدائع الصنائع ٦/ ١٧٥، الموصلي، الاختيار ٣/ ٨٥، الشيرازي، المهذب٣/ ٥٠٨، الشربيني، الإقناع ٢ / ٢٠٤. النووي، روضة الطالبين٥/ ١٦٨

٦- أن تحصيل منفعة الأرض ممكنة بالإجارة، فلم يجز العمل عليها ببعض ما يخرج منها كالمواشي، بخلاف الشجرة فإنه لا يمكن عقد الإجارة عليه، فجوزت المساقاة للحاجة[١].

القول الثالث: وذهب الشافعية إلى أنه لا تجوز المزارعة على بياض لا شجر فيه، وإنما تجوز تبعاً مع المساقاة في البياض الذي يكون بين النخل، أو العنب، سواء كان بياض الأرض أكثر، أم أقل من الشجر[٢].

واستدلوا بما روى عن ابن عمر رضي الله عنهما:" أَن النبي ﷺ عامل خيبر بشطر ما يخرج منها من ثمر، أو زرع".

قال النووي رحمه الله تعالى: (يحتج بِه الشّافعي وموافقوه وهم الأكثرون في جواز المزارعة تبعا للمساقاة ، وإن كانت المزارعة عندهم لا تجوز منفردة ، فتجوز تبعا للمساقاة ، فيساقيه على النخل ، ويزارِعه على الأرض كما جرى في خيبر)[٣].

والراجح هو القول الأول القائل بجواز المزارعة، وذلك لقوة أدلته. وقد أخذ القانون المدني الأردني بالمزارعة وأقرها، وأقر لها قانوناً خاصاً بها في المواد (٧٢٣-٧٣٥).

---

(١) الشربيني، مغني المحتاج٢/ ٣٢٤، الإقناع ٢/ ٢٠٤.

(٢) الشيرازي، المهذب٣/ ٥٠٨، النووي، روضة الطالبين٥/ ١٦٨، الشربيني، الإقناع٢/ ٢٠٤.

(٣) شرح النووي على صحيح مسلم ١٠/ ٢١٠.

المطلب الثالث: حكمة مشروعية المزارعة

شرعت المزارعة لحاجة الناس إليها؛ لأن صاحب الأرض قد يكون عاجزاً عن زرعها والعمل فيها، وقد يريد تأجيرها بجزء من المحصول، وليس بأجرة نقدية، ومن لا أرض عنده محتاج إلى الزرع، ولا مال عنده يتملك به الأرض، فاقتضت حكمة الشرع جوازها دفعاً للحاجتين، وتحقيقاً لمصلحة الفئتين[١].

قال ابن قدامة رحمه الله تعالى: (ولأن الحاجة داعية إلى المزارعة؛ لأن أصحاب الأرض قد لا يقدرون على زرعها، والعمل عليها، والأكرة يحتاجون إلى الزرع. ولا أرض لهم، فاقتضت حكمة الشرع جواز المزارعة، كما قلنا في المضاربة والمساقاة بل الحاجة ها هنا آكد؛ لأن الحاجة إلى الزرع آكد منها إلى غيره، لكونه مقتاتاً، ولكون الأرض لا ينتفع بِها إلا بالعمل عليها، بخلاف المال)[٢].

المطلب الرابع: أركان المزارعة

أركان عقد المزارعة هي أركان العقد بصفة عامة. وهي عند جمهور الفقهاء: العاقدان، ومحل العقد، والصيغة[٣]، أي الإيجاب والقبول الدالان على التراضي. وركنها عند الحنفية الصيغة فقط[٤].

المطلب الخامس: حقيقة المزارعة وصفتها من حيث اللزوم وعدمه

أولاً: حقيقة المزارعة:

اختلف الفقهاء في حقيقة المزارعة، هل هي من جنس المشاركات، أم من جنس

---

(١) السرخسي، المبسوط ٢٣/ ١٧، الموصلي، الاختيار ٣/ ٨٥.
(٢) المغني ٧/ ٥٦٠.
(٣) الخرشي، شرح الخرشي٦/ ٦٣، البهوتي، كشاف القناع٣/ ٥٣٢.
(٤) الكاساني، بدائع الصنائع ٦/ ١٧٢، الحصكفي، الدر المختار ٩/ ٤٥٨.

المؤجرات، أم أنها تجمع بين الاثنين؟

١- ذهب الحنفية إلى أن المزارعة إجارة ابتداء شركة انتهاء[١].

أما كونها إجارة ابتداء، فلأن المزارعة استئجار الأرض، أو العامل ببعض الخارج منها، والإجارة تمليك المنفعة بعوض، وهذا المعنى موجود في المزارعة، فالبذر إذا كان من مالك الأرض، فالعامل يملك منفعة نفسه من رب الأرض بعوض هو نماء بذره، وإن كان البذر من العامل، فصاحب الأرض يملك منفعة أرضه من العامل بعوض هو نماء بذره، فكانت المزارعة استئجاراً، إما للعامل، وإما للأرض، والأجرة فيها: بعض الخارج منها.

وأما كونها شركة انتهاء، فلأن الخارج من الأرض يكون مشتركاً بين صاحبها، وبين المزارع حسب النسبة المتفق عليها بينهما.

٢- ذهب المالكية، والحنابلة[٢] إلى أن المزارعة من جنس المشاركات، لا من جنس المؤجرات .

ثانياً: صفة عقد المزارعة من حيث اللزوم وعدمه:

اختلف الفقهاء في صفة عقد المزارعة من حيث لزومه، وعدمه على قولين:

١- ذهب الحنفية[٣] إلى أن المزارعة لازمة في جانب من لا بذر له، فلا يملك فسخها بدون رضا الآخر، إلا بعذر يمنعه من إتمامها، لأنه لا يلحقه بالوفاء بالعقد ضرر والعقد لازم بمنزلة الإجارة، ولأن منفعة العامل، أو منفعة الأرض صارت مستحقة للآخر فيجب عليه تسليمها، ولكنها غير لازمة في حق صاحب البذر قبل

(١) الكاساني، بدائع الصنائع ٦/ ١٧٧، الزيلعي، تبيين الحقائق٥/ ٢٨٠.

(٢) الحطاب، مواهب الجليل٥/ ١٧٦، الدسوقي، حاشية الدسوقي٣/ ٣٧٢، ابن قدامة، المغني ٥/ ٢٤٧.

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع٦/ ١٨٣، الزيلعي، تبيين الحقائق٥/ ٢٧٨، الموصلي، الاختيار ٣/ ٨٨.

إلقاء بذرة الأرض، فيملك فسخها بعذر وبدون عذر، لأنه لا يمكنه المضي في العمل إلا بإتلاف ماله وهو البذر بإلقائه في الأرض فيهلك فيها، ولا يدري إن كان ينبت أم لا؟ فصار كما إذا استأجر أجيراً ليهدم داره. وليس كذلك من لا بذر له.ولكنه لا يملك الفسخ بعد إلقاء البذر في الأرض، إلا بعذر طارئ يحول دون إتمام العقد.

٢- وذهب المالكية إلى أنها غير لازمة قبل إلقاء البذر في الأرض، فيجوز لكل من المتعاقدين فسخها(١)، فالمزارعة لا تلزم بمجرد العقد، ولا بالعمل في الأرض قبل إلقاء البذر فيها- أي زرعها- ولو كان العمل كثيراً كحرث الأرض، وتسويتها وريها بالماء.

٣- وذهب الحنابلة إلى أن المزارعة كالمساقاة من العقود الجائزة(٢). حتى يحق لكل واحد منهما الفسخ متى شاء، لأن اليهود سألوا الرسول ﷺ أن يقرهم بخيبر، على أن يعملوها، ويكون للرسول ﷺ شطر ما يخرج منها، فقال لهم الرسول ﷺ: " نقركم على ذلك ما شئنا"(٣)، ولو كان العقد لازماً لما جاز بغير تقدير مدة، ولا جعل الخيرة لنفسه في مدة إقرارهم، ولأنه لم ينقل عن النبي ﷺ أنه قدر لهم ذلك بمدة، ولو قدر لما ترك نقله، لأن هذا مما يحتاج إليه فلا يجوز الإخلال بنقله. ولأنها معاملة على الأرض ببعض نمائها، فكان عقدها جائز كالمضاربة.

٤- وذهب بعض المالكية، والشافعية، وبعض الحنابلة(٤) إلى أن المزارعة من العقود اللازمة.

---

(١) حاشية الدسوقي٣/ ٣٧٢، الخرشي، شرح الخرشي ٦/ ٦٣.

(٢) ابن قدامة، المغني ٥/ ٤٠٤، البهوتي، كشاف القناع ٣/ ٥٣٧.

(٣) سبق تخريجه، ص (١٥٨).

(٤) الكاساني، بدائع الصنائع ٦/ ١٨٢، حاشية الدسوقي٣/ ٣٧٢، الرملي، نهاية المحتاج ٥/ ٢٥٨، المرداوي، الإنصاف٥/ ٤٧٢، ابن قدامة، المغني ٥/ ٤٠٤.

لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١]. فقد أمرت الآية بالوفاء بالعقود، والأمر للوجوب، والمزارعة عقد من العقود، فتكون لازمة لدخولها في عموم الآية.

قال السعدي رحمه الله تعالى: (الصحيح أن المساقاة، والمزارعة عقدان لازمان، لدخولهما في الأمر بالوفاء بالعقود، والعهود)(١).

والراجح هو أن عقد المزارعة عقد لازم مطلقاً، بمجرد التلفظ به، ويتأكد بعد العمل والبذر، لعموم الآية الدالة على وجوب الوفاء بالعقود، والمزارعة عقد من العقود، ولأن الضرر قد يحصل بالعقد كما يحصل بالعمل، والبذر، فلو اتفق العاقدان على إبرام العقد، ثم لم يعمل العامل، ولم يبذر، وتأخر في ذلك مدة، وقرب وقت البذر، ثم قال العامل: إني قد فسخت العقد، فإن صاحب الأرض سيتضرر لا محالة، لأنه ليس من اليسير الحصول على عامل آخر، وإذا حصل على عامل، فقد يضطر إلى قبول شروط ليست في صالحه بسبب قرب وقت البذر.

المطلب السادس: شروط صحة المزارعة

اختلف الشافعية مع جمهور الفقهاء في شروط صحة المزارعة، ذلك أن الشافعية لا يقولون بجواز المزارعة إلا تبعاً للمساقاة، وسأذكر أولاً شروط المزارعة عند الجمهور، ثم عند الشافعية.

أولاً: شروط المزارعة عند الجمهور: اشترط جمهور الفقهاء لصحة عقد المزارعة عدة شروط تتعلق بالبذر، وبالخارج أو الناتج من الأرض، وبالأرض، نبينها كما يلي:

---

(١) المختارات الجلية، ص ٨٨.

١- شروط البذر:

البذر: هو كل حب يزرع في الأرض[١]. ويشترط فيه شرطان:

أ- أن يكون معلوماً للعاقدين: وذلك ببيان جنسه، ونوعه، ووصفه[٢]، لأن جهالة المزروع قد تفضي إلى المنازعة، وهي مفسدة للعقد، ذلك أن حال المزروع يختلف باختلاف الزرع بالزيادة والنقصان، فبعض أنواع المزروعات يزيد من خصوبة الأرض، وبعضها الآخر ينقص من تلك الخصوبة، والنقصان قد يقل، وقد يكثر، فوجب البيان والتحديد دفعاً للخصومة.

وإذا عين صاحب الأرض للعامل نوعاً خاصاً من الزرع، كالقطن، أو القمح، أو الأرز مثلاً، وجب على العامل أن يلتزم بزراعته، فإذا خالف وقام بزراعة نوع آخر، ثبت الخيار للمالك، إن شاء فسخ العقد، وإن شاء أمضاه، لعدم التزام العامل بالشرط الصحيح.

أما لو أطلق صاحب الأرض، ولم يعين نوعاً خاصاً من الزرع، بأن قال للعامل: ازرع فيها ما شئت، فحينئذ يملك العامل زراعة أي نوع من المزروعات، لأن المالك لما فوض إليه الأمر، رضي بما قد يحصل مقابل ذلك من الضرر، ورضي أيضاً بأن تكون حصته النسبة المتفق عليها من أي محصول تنتجه الأرض[٣].

ب- أن يكون قابلاً لعمل الزراعة: أي أن يكون المزروع مما يزيد، وينمو بالعمل فيه، أما إذا كان المزروع لا تأثير للعمل فيه، كالزرع المستحصد، فلا تصح المزارعة عليه، ذلك أن العامل إنما يستحق نصيبه من الخارج بالعمل إذا كان البذر

---

(١) إبراهيم، المعجم الوسيط١/ ٤٥، الفيومي، المصباح المنير١/ ٢٣٠.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع٦/ ١٧٧، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين٦/ ٢٧٦، البهوتي، شرح منتهى الإرادات٢/ ٣٤٦، كشاف القناع ٣/ ٥٤٢.

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع٦/ ١٧٧، الزيلعي، تبيين الحقائق٥/ ٢٧٩، البهوتي، كشاف القناع ٣/ ٥٤٢.

من المالك، فإذا لم يكن هناك عمل، لم يستحق شيئاً من الخارج، ويكون كله لرب المال[١].

٢- **شروط الأرض المزروعة**: ويشترط فيها ثلاثة شروط:

أ- أن تكون صالحة للزراعة: في مدة المزارعة، منعاً للغرر، فإن كانت لا تصلح للزراعة كأن تكون سبخة[٢]، أو نَزَّة[٣] فلا يصح العقد عليها، إذ لا فائدة من العمل فيها، ويضيع جهد العامل بلا فائدة تعود عليه، ويكون إتلاف البذر بإلقائه فيها بلا مقابل، ولأن المزارعة استئجار ببعض الخارج، والأرض التي لا تصلح للزراعة لا تجوز إجارتها، فكذلك لا تصلح المزارعة عليها كذلك.

وأما إذا كانت الأرض صالحة للزراعة في المدة، ولكن لا يمكن زراعتها وقت التعاقد لعارض مؤقت، يمنع زراعتها لكنه لا يدوم طويلاً، ويزول في مدة المزارعة، كانقطاع الماء عنها، أو الفيضانات، أو كثرة الثلوج ونحو ذلك من العوارض، فلا يمنع ذلك من صحة المزارعة عليها[٤].

ب- أن تكون معلومة علماً ينفي الجهالة عنها، بتعيين موقعها، وقدر مساحتها، فإن كانت مجهولة لا يصح العقد عليها، لأنها تؤدي إلى المنازعة المفسدة للعقد[٥].

وقد وافق القانون المدني الأردني على هذين الشرطين، فقد نص في المادة (١/٧٢٤) على أنه: (يشترط لصحة عقد المزارعة: ١- أن تكون الأرض معلومة، وصالحة للزراعة).

---

(١) الكاساني، بدائع الصنائع٦/ ١٧٧، البهوتي، كشاف القناع ٣/ ٥٤٢.

(٢) السبخة: الأرض المالحة، انظر: ابن منظور، لسان العرب٣/ ٢٣، إبراهيم، المعجم الوسيط١/ ٤١٢.

(٣) ارض نزة: أي بعيدة عن المياه والأرياف. انظر: الرازي، مختار الصحاح، ص٦٨٨.

(٤) الكاساني، بدائع الصنائع٦/ ١٧٨، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين ٦/ ٢٧٥، نظام، الفتاوى الهندية ٥/ ٢٣٥.

(٥) السرخسي، المبسوط٢٣/ ٤٢، الكاساني، بدائع الصنائع٦/ ١٧٨، البهوتي، كشاف القناع٣/ ٥٤٢.

ولا يشترط أن تكون الأرض ملكاً لصاحبها، بل يكفي أن يكون مالكاً لمنفعتها، وعليه يصح لمن استأجر أرضاً أن يزارع عليها(١).

ووجه ذلك: أن المعيار لصحة المزارعة أن تكون منفعة الأرض مملوكة لمن يزارع عليها، أما ملكية رقبتها فليست بشرط لذلك.

ج- التخلية بين العامل والأرض: أي أن تكون الأرض مسلمة إلى العامل، وفارغة من كل ما يمنع زرعها، حتى يتمكن العامل من العمل فيها بلا مانع.

وتكون التخلية باللفظ كأن يقول رب الأرض للعامل: سلمت إليك الأرض، أو بالفعل بأن يترك رب الأرض الأرض للعامل يعمل فيها.

وكل ما يمنع التخلية يمنع الجواز، فلو شرط أن يكون العمل على صاحب الأرض، أو عليهما معاً، فسدت المزارعة، لانعدام شرط التخلية بين العامل والأرض، فلا يتمكن العامل من العمل.

ولو كان في الأرض زرع قد نبت، فيشترط لصحة العقد عليه أن يكون مما يزيد بالعمل، بأن يؤثر فيه العمل بالزيادة بمجرى العادة، وإلا لا يصح العقد عليه، لأن ما لا يؤثر فيه العمل بالزيادة عادة، لا يتحقق فيه معنى المزارعة. ولأن المزارعة تجوز في المعدوم مع كثرة الغرر، فجوازها في الموجود مع قلة الغرر أولى(٢).

وقد نص القانون المدني الأردني على هذا الشرط في المادة (٧٢٩) حيث قال: (١- على صاحب الأرض تسليمها صالحة للزراعة مع حقوقها الارتفاقية، كالشرب والممر، ومع جميع ما هو مخصص لاستغلالها إذا كان متصلاً بها اتصال قرار. ٢- ويلتزم أيضاً بإصلاح الأدوات الزراعية التي يجب عليها تسليمها صالحة للعمل

---

(١) السرخسي، المبسوط ٢٣/ ٤٢، البهوتي، كشاف القناع٣/ ٥٤٢، الخرشي، شرح الخرشي ٦/ ٦٥.
(٢) الكاساني، بدائع الصنائع٦/ ١٧٨، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين٦/ ٢٧٥، البهوتي، كشاف القناع ٣/ ٥٣٤.

إذا احتاجت إلى الإصلاح نتيجة الاستعمال المعتاد).

٣- شروط الخارج أو الناتج من الأرض (قسمة المحصول):

يقصد بالخارج من الأرض: المحصول الذي سيقسم على أطراف عقد المزارعة. ويشترط فيه أربعة شروط، هي:

أ- أن يكون الخارج مشتركاً بين صاحب الأرض والعامل، لأنه هو المقصود بالمزارعة، فلو شرطا الخارج لأحدهما فسدت المزارعة، لأن ذلك يقطع الشركة، ومقتضى عقد المزارعة الاشتراك في الخارج، فكل ما يمنع منه يفسد العقد[١].

ب- أن يكون نصيب كل واحد منهما بعض الخارج من الأرض ذاتها، فلو شرطا أن يكون النصيب من غيرها فسدت المزارعة، لأن حقيقة المزارعة استئجار الأرض ببعض الخارج منها، وهذا ما يميزها عن الإجارة المطلقة[٢].

ج- أن يكون نصيب كل واحد منهما معلوم القدر بنسبة شائعة، كالثلث، والربع، والنصف، لأن ترك ذلك يؤدي إلى الجهالة المفضية إلى المنازعة، ولا يصح أن يحدد نصيب أحدهما بمقدار معين من المحصول، كعشرة أطنان من القمح، أو القطن، لأنه يؤدي إلى قطع الاشتراك في الخارج، فقد لا يخرج الأرض غير هذا المقدار، وكذا لا يصح أن يكون لأحدهما نتاج بقعة معينة من الأرض، كأن يكون له ما زرع حول السواقي والجداول للمعنى ذاته، وقد جاء في النهي عن ذلك حديث رافع بن خديج رضي الله عنه قال: كنا أكثر أهل المدينة حقلاً، وكان أحدنا يكري أرضه، فيقول: هذه القطعة لي وهذه لك، فربما أخرجت ذه، ولم يخرج ذه، فنهاهم النبي ﷺ[٣].

---

(١) المصادر السابقة.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع ٦/ ١٧٧.

(٣) البخاري، صحيح البخاري، كتاب الحرث والمزارعة، باب ما يكون من الشروط في المزارعة، ح(٢٣٣٢)، مسلم، صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب كراء الأرض بالذهب والورق، ح(١٥٤٧).

وقد نص القانون المدني الأردني على هذا الشرط في المادة (٣/٧٢٤): (أن تكون حصة كل من الطرفين في المحصول مقدرة بنسبة شائعة)، وفي المادة (٧٢٧): (إذا تم عقد المزارعة كان المحصول شائعاً بين المتعاقدين، ويقتسمانه بالنسبة المتفق عليها).

واشترط المالكية والحنابلة تساوي نصيب العاقدين في الناتج، إذا كان البذر من كل منهما متساوياً، فإن كان متفاضلاً فعلى قدر ما قدمه من البذر[1].

د- أن يكون الخارج مذكوراً في العقد، فلو سكت عن ذكره وكيفية استحقاق العاقدين فيه فسد العقد، لأن المزارعة إجارة، والسكوت عن ذكر الأجرة يفسد الإجارة، فكذلك المزارعة[2].

ثانياً: شروط المزارعة عند الشافعية [3]: الشافعية لا يجيزون المزارعة إلا إذا كانت على البياض، الذي يكون بين النخيل، أو العنب، الذي تمت المساقاة عليه، وأن تكون تبعاً لعقد المساقاة. وحتى تتحقق هذه التبعية اشترطوا ما يلي:

١- إتحاد العامل: أي أن يكون عامل المساقاة هو عامل المزارعة نفسه، فلا يصح أن يساقي واحد ويزارع آخر، لأن التبعية لا تتحقق مع اختلاف العامل، لأن ذلك يؤدي إلى إفراد المزارعة بعقد مستقل عن المساقاة وهو غير جائز.

٢- تعسر الإفراد: أي أن يتعذر إفراد النخل بالسقي، وإفراد البياض بالزراعة، أما مع إمكان ذلك فلا يجوز لعدم الحاجة، لأن التبعية تتحقق حينئذ بخلاف تعسر أحدهما.

---

(١) الدسوقي، حاشية الدسوقي ٣/ ٣٧٣، البهوتي، كشاف القناع٣/ ٣٤٤.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع ٦/ ١٧٧.

(٣) الشافعي، الأم ٣/ ٢٣٩، الشيرازي، المهذب١/ ٣٩٤، النووي، روضة الطالبين٥/ ١٧٠، الرملي، نهاية المحتاج٥/ ٢٤٥، الشربيني، مغني المحتاج٢/ ٣٢٤.

٣- اتحاد الصفقة: أي أن لا يفصل العاقدان بين المساقاة والمزارعة التابعة لها، بل يأتيان بهما على الاتصال لتحصل التبعية.

ويشترط اتحاد العقد بأن يشملهما عقد واحد حتى تتحقق التبعية، فلو قال صاحب الأرض للعامل: ساقيتك على النصف، فقبل العامل، ثم زارعه على البياض لم تصح المزارعة، لأنهما عقدان، وتعدد العقد يزيل التبعية، وهو الصحيح في المذهب. وفي قول يجوز الفصل بين العقدين لحصولهما لشخص واحد.

٤- أن يقدم المساقاة على المزارعة عند التعاقد: بأن يأتي بلفظ المساقاة أولاً، ثم يأتي بلفظ المزارعة، فلو قدم المزارعة على المساقاة، لم يصح، لأن المزارعة تابعة، ولا يقدم التابع على متبوعه، فلو أتى بلفظ يشملها كعاملتك على النخل والبياض بالنصف فيهما كفى ذلك.

وفي قول يجوز تقديم المزارعة على المساقاة، ولكنها تنعقد موقوفة على انعقاد المساقاة، فإن عقدا المساقاة بعدها بان صحتها، وإلا لا تصح المزارعة.

المطلب السابع: أحكام المزارعة

أحكام المزارعة هي أحكام المساقاة، إلا في بعض الأحكام التي تفترق فيها المزارعة عن المساقاة.

قال ابن قدامة رحمه الله تعالى: (إن حكم المزارعة حكم المساقاة، في أنها تجوز بجزء للعامل من الزرع، وفي جوازها ولزومها، وما يلزم العامل ورب المال وغير ذلك من أحكامها)[١].

وأهم أحكام المزارعة هي:

١- تحديد مقدار البذر، وبيان من عليه: اشترط الحنابلة تحديد مقدار البذر، لأن المزارعة عقد على عمل، فلا تصح مع جهالة الجنس والقدر كالإجارة[٢]. ولم يشترط الحنفية ذلك، لأن ذلك تحدده حاجة الأرض إليه[٣]. وقد اختلف الفقهاء فيمن عليه البذر:

أ- ذهب الحنفية[٤] إلى أنه يجوز أن يكون البذر من صاحب الأرض، أو من العامل، ولكن لا يجوز أن يكون منهما معاً، لأن ذلك يؤدي إلى اجتماع إجارة الأرض والعمل من جانب واحد، وهو مفسد للعقد، فإن كان البذر من صاحب الأرض، فالمعقود عليه هو منفعة العامل، وإن كان من قبل العامل، فالمعقود عليه منفعة الأرض، ولهذا يجب بيان من عليه البذر.

ب- وذهب المالكية[٥] إلى جواز أن يكون البذر من أي منهما، ويجوز أن

---

(١) المغني ٥/ ٥٨١.

(٢) البهوتي، شرح منتهى الإرادات٢/ ٣٤٦، كشاف القناع ٣/ ٥٤٢.

(٣) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين٦/ ٢٧٦.

(٤) الكاساني، بدائع الصنائع ٦/ ١٧٧، السرخسي، المبسوط٢٣/ ١٩.

(٥) الدسوقي، حاشية الدسوقي٣/ ٣٧٣، الحطاب، مواهب الجليل ٥/ ١٧٨، الخرشي، شرح الخرشي ٦/ ٦٣.

يكون منهما معاً بشرطين:

الأول: أن لا يكون البذر في مقابل الأرض، لئلا يؤدي إلى كراء الأرض بما لا يجوز، وهو مقابلة الأرض بطعام، كالعسل، أو بما تنبته، ولو لم يكن طعاماً، كالقطن، والكتان.

الثاني: أن لا ينقص ما يأخذه العامل من الناتج عن نسبة بذره، وعليه لو كان البذر منهما معاً فلا يشترط خلطهما، لا حساً، ولا حكماً، فلو زرع كل واحد منهما في ناحية من الأرض غير الآخر جازت المزارعة.

ج- وذهب الشافعية والحنابلة(١) إلى اشتراط كون البذر من صاحب الأرض، ولا يصح أن يكون منهما، أو من العامل، لأن المزارعة عقد يشترك فيه الطرفان في إنمائه، فوجب أن يكون رأس المال كله من أحدهما كالمضاربة والمساقاة.

وقد أخذ القانون المدني الاردني في هذا الشرط برأي الحنفية، حيث أجاز أن يكون البذر منهما، والعمل على العامل، ولكنه لم يضع لهذا مادة خاصة لهذا الشرط.

٢- مدة المزارعة: لا يشترط بيان مدة المزارعة، لأن النبي ﷺ لم يضرب لأهل خيبر مدة معينة، ولو قدر لم يترك نقله، لأن هذا مما يحتاج إليه، فلا يجوز الإخلال بنقله، ولا خلفاؤه من بعده، بدليل أن عمر رضي الله عنه أجلاهم عنها، ولو كانت لهم مدة مقدرة، لما جاز له إخراجهم منها. وهذا عند الحنابلة(٢)، واشترط الحنفية(٣) أن تكون مدة المزارعة معلومة، فإن لم تحدد المدة، أو كانت المدة مجهولة، فسدت المزارعة، لأن المزارعة استئجارة ببعض الخارج من الأرض، ويشترط في الإجارة أن تكون المدة معلومة، ولا تصح مع جهالة المدة، فكذلك في المزارعة.

---

(١) النووي، روضة الطالبين٥/ ١٦٨، الشربيني، مغني المحتاج٢/ ٣٢٤، البهوتي، كشاف القناع٣/ ٥٤٣.
(٢) ابن قدامة، المغني ٥/ ٤٠٤، البهوتي، كشاف القناع ٣/ ٥٣٧.
(٣) الكاساني، بدائع الصنائع٦/ ١٨٠، الزيلعي، تبيين الحقائق٥/ ٢٧٩، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين٦/ ٢٧٥.

ويجب أن تكون هذه المدة كافية للزراعة، وجني المحصول، فلو عينا مدة لا تكفي، أو لا يعيشان إليها غالباً فسدت المزارعة. وتجوز المزارعة على أكثر من عام بشرط تعيين المدة.

وذهب بعض الحنفية[1] إلى أنه تصح المزارعة بلا بيان مدة، وتقع على أول زرع واحد، وعليه الفتوى.

وقد أخذ القانون المدني الأردني برأي الحنفية في اشتراط بيان مدة المزارعة، وأخذ ما عليه الفتوى عند الحنفية إذا لم يبين المدة، حيث نصت المادة (٧٢٦) على أنه: (يجب في المزارعة تحديد مدة المزارعة، بحيث تكون متفقة مع تحقيق المقصود منها، فإن لم تعين انصرف العقد إلى دورة زراعية واحدة).

٣- ضمان العامل: العامل أمين على ما تحت يده من محصول لصاحب الأرض، فلا يضمن ما تحت يده إذا هلك الزرع بدون تعد أو تقصير منه، كما لو أخر العامل السقي تأخيراً معتاداً، فهلك الزرع لم يضمن، أما إذا تعدى، أو قصر في حفظه فإنه يكون ضامناً له، كما لو ترك حفظ الزرع قبل إدراكه حتى أكلته الدواب ضمن لتقصيره في الحفظ، وهكذا كل ما على العامل عمله إذا قصر فيه أو تعدى لزمه الضمان وإلا فلا[2].

وأما اشتراط الضمان على العامل لما هلك من الزرع بلا تعد أو تقصير فلا يجوز، لمنافاته لمقتضى عقد المزارعة.

وقد نص القانون المدني الأردني على هذا الشرط في المادة (٧٣١) فقال: (١- على المزارع أن يبذل في الزراعة وفي المحافظة على الأرض وما يتبعها، وعلى الزرع، والمحصول من العناية ما يبذله الشخص العادي. ٢- فإذا قصر في شيء من ذلك

---

(١) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين ٦/ ٢٦٥.

(٢) المبسوط، السرخسي٢٣/ ٢٧، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين ٦/ ٢٨٣، نظام، الفتاوى الهندية٥/ ٢٦١.

ونشأ عن تقصيره ضرر كان ضامناً له).

٤- الوكالة في المزارعة: الوكالة إما أن تكون من صاحب الأرض، وإما أن تكون من المزارع.

أ- الوكالة من صاحب الأرض: إذا وكل صاحب الأرض رجلاً بأن يدفع أرضه لآخر مزارعة، جاز ذلك، وكان للوكيل أن يدفعها له، ويشترط أية حصة من الخارج لصاحب الأرض، لأن الموكل لما لم ينص على حصة معينة، يكون قد فوض الأمر إليه في تحديد هذه الحصة مع المزارع، إلا إذا نص صاحب الأرض على حصة معينة، فيجب على الوكيل التقيد بذلك.

وإذا وكل صاحب الأرض ولم يحدد له مدة المزارعة، جاز للوكيل أن يدفعها مزارعة سنته الأولى، فإن دفعها أكثر من ذلك، أو بعد هذه السنة ولم يدفع هذه السنة الأولى، لم يجز استحساناً، وإنما يجوز قياساً، لأن التوكيل مطلق عن الوقت، ففي أي سنة، وفي أي مدة دفعها لم يكن فعله مخالفاً لما أمر به موكله فجاز[1].

ب- الوكالة من المزارع: إذا وكل رجلاً آخر بأن يأخذ له هذه الأرض مزارعة هذه السنة، على أن يكون البذر من الموكل، كانت المزارعة جائزة.

والوكيل في الحالتين يكون مقيداً بالمتعارف عليه بين الناس في التعامل، كما يكون مقيداً بالشرع، فلا يتصرف تصرفاً يضر بالموكل. هذا إذا كان التوكيل مطلقاً عن القيود، أما إذا قيد من قبل صاحب الأرض، أو المزارع بقيد معين، فإنه يجب على الوكيل الالتزام به، فإذا خالف بطلت الوكالة، إلا إذا كانت المخافة لمصلحة الموكل، فإنها تكون نافذة في حقه، لأنها تعتبر موافقة ضمنية. كما لو وكل صاحب الأرض رجلاً ليدفع له أرضه لآخر مزارعة بالثلث، فدفعها الوكيل له بالنصف،

(١) السرخسي، المبسوط ٢٣/ ١٣٧.

فيكون العقد صحيحاً، لأن المخالفة لخير الموكل ومصلحته[١].

المطلب الثامن: ما يفسخ عقد المزارعة

ينتهي عقد المزارعة بأحد الأسباب التالية:

١- انقضاء مدة المزارعة: لا تصح المزارعة إلا مؤقتة، وقد تنتهي مدة المزارعة قبل إدراك الزرع أو بعد إدراكه.

فإذا انتهت مدة المزارعة قبل إدراك الزرع بقي الزرع على الأرض حتى يدرك ويستحصد رعاية لمصلحة الجانبين. وإذا انتهت مدة عقد المزارعة بعد إدراك الزرع، وتقسيم الخارج بين العاقدين بحسب الاتفاق، فلا إشكال في انتهاء العقد.

وقد نص القانون المدني الأردني على هذا في المادة (٧٣٣) فقال: (ينتهي عقد المزارعة بانقضاء مدتها، فإذا انقضت مدتها قبل أن يدرك الزرع فللمزارع استيفاء الزرع إلى أن يدرك، وعليه أجر المثل الأرض بقدر حصته من المحصول عن المدة اللاحقة، وتكون نفقة ما يلزم للزرع على كل من صاحب الأرض والمزارع بقدر حصتهما).

٢- وجود عذر يمنع من الاستمرار في المزارعة :العذر إما أن يرجع إلى:

أ- صاحب الأرض: وهو الدين الفادح الذي لا يستطيع صاحب الأرض قضاءه، إلا من ثمنها، فلو لحق به دين فادح احتاج معه إلى بيع الأرض لقضاء دينه، ولا مال له سوى الأرض ففي هذه الحالة يفسخ عقد المزارعة، إذا أمكن فسخه، بأن كان قبل زراعة الأرض، أو بعدها ولكن الزرع بلغ الحصاد، لأنه لا يمكن لصاحب الأرض المضي في العقد إلا بضرر يلحقه، فلا يلزمه تحمله. فيبيع القاضي الأرض بدينه أولاً، ثم يفسخ عقد المزارعة، ولا تنفسخ بنفس العذر.

---

(١) السرخسي، المبسوط ٢٣/ ١٣٧، نظام، الفتاوى الهندية ٥/ ٢٦٦.

أما إذا لم يمكن الفسخ بأن كان الزرع بقلاً مثلاً، فإن الأرض لا تباع في الدين، ولا ينفسخ العقد إلا بعد بلوغ الزرع الحصاد، لأن في البيع في هذه الحالة إبطال حق المزارع، وفي الانتظار إلى وقت الحصاد تأخير حق صاحب الدين، وفيه رعاية للجانبين، فكان أولى[١].

ب- المزارع: كأن تحدث له بعض العوارض، وذلك مثل المرض الشديد، لأنه معجز عن العمل، ونحو السفر البعيد، لأنه قد يكون في حاجة إليه، ونحو تركه حرفته إلى حرفة أخرى، لأن من الحرف ما لا يغني من جوع، فيكون في حاجة إلى الانتقال إلى غيرها[٢].

٣- موت أحد العاقدين: تنفسخ المزارعة بموت أحد المتعاقدين، سواء صاحب الأرض، أو المزارع، وسواء أكانت الوفاة قبل زراعة الأرض، أم كانت بعدها. لأن العقد أفاد الحكم للعاقد خاصة دون وارثه، لأنه عاقد لنفسه، والأصل أن من عقد لنفسه بطريق الأصالة فإن حكم تصرفه يقع له لا لغيره إلا لضرورة. وهذا عند الحنفية[٣]. أما عند الحنابلة[٤] فلورثة المزارع متابعة العمل، إذا كان المزارع هو المتوفى، وكان الزرع قد أدرك، ولكنهم لا يجبرون على ذلك، وهذا ما لم يكن المزارع مقصوداً لعينه، فإن كان مقصوداً لعينه لم يلزم ورثته ذلك.

وقد أخذ القانون المدني الأردني برأي الحنابلة في قيام ورثة المزارع عند موته مقامه في العمل، حيث نصت المادة (٧٣٤) على: (١- إذا مات صاحب الأرض،

---

(١) الكاساني، بدائع الصنائع٦/ ١٨٣، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين٦/ ٢٨٠، نظام، الفتاوى الهندية ٥/ ٢٦٠.

(٢) المصادر السابقة.

(٣) السرخسي، المبسوط٢٣/ ٤٥، الزيلعي، تبيين الحقائق٥/ ٢٨٢، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين ٦/ ٢٨٠.

(٤) البهوتي، كشاف القناع ٣/ ٥٣٨، شرح منتهى الإرادات ٢/ ٣٤٥.

والزرع لم يدرك، يستمر المزارع في العمل حتى يدرك الزرع، وليس للورثة منعه. ٢- وإذا مات المزارع والزرع لم يدرك، قام ورثته مقامه في العمل حتى يدرك، وإن أبى صاحب الأرض).

٤- استحقاق أرض المزارعة: إذا استحقت أرض المزارعة قبل زراعتها، أخذها المستحق وفسخ العقد، ولا شيء للعامل على الذي دفعها إليه ليزرعها، حتى ولو كان عمل فيها بعض الأعمال التي تسبق الزرع، كالحرث، والتسوية، والتسميد بالسماد.

ولو استحقت بعد الزرع وقبل الحصاد أخذها المستحق، وأمرهما أن يقلعا الزرع، وخير المزارع بين أخذ نصف الزرع على حاله، ويكون النصف الآخر للذي دفع إليه الأرض مزارعة، وبين تضمين الذي دفع الأرض نصف قيمة الزرع نابتاً وترك له الزرع كله[1].

وقد نص القانون المدني الأردني في المادة (٧٢٨) على استحقاق الأرض، ولكنه ربطه بحسن النية أو عدمها، ولم يتطرق الفقه الإسلامي إلى هذا القيد.

---

(١) السرخسي، المبسوط٢٣/ ٤٥.

المبحث السابع

شركة المساقاة

المطلب الأول: تعريف المساقاة في اللغة والاصطلاح

أولاً: تعريف المساقاة في اللغة:

المساقاة في اللغة مفاعلة من السقي، والاسم السقيا، وهو إشراب الشيء الماء، وما أشبهه، تقول: سقيته بيدي، أسقيه، سقيا، ومنه قولهم: استسقى الرجل، واستسقاه، إذا طلب منه السقي، وساقى فلان فلاناً نخله أو كرمه، إذا دفعه إليه، واستحله فيه على أن يعمه بسقيه، ويقوم بإصلاحه، مقابل أن يكون له سهم معلوم مما تغله، وأهل العراق والمدينة يسمونها المعاملة(١).

والمساقاة سميت بهذا الاسم لأن غالب العمل المقصود فيها هو السقي، فاشتق اسمها منها، وقيل: سميت بذلك الاسم مفاعلة على ما يشرب بساق(٢).

ثانياً: تعريف المساقاة في الاصطلاح:

عرف الفقهاء المزارعة بعدة تعريفات نذكرها كما يلي:

١- عرفها الحنفية بأنها: معاقدة دفع الشجر إلى من يصلحه بجزء معلوم من ثمره(٣).

قوله (معاقدة): جنس.

---

(١) ابن منظور، لسان العرب١٤/ ٣٩٠، ابن فارس، معجم مقاييس اللغة ٣/ ٨٤، الفيومي، المصباح المنير ١/ ١٠٧، إبراهيم، المعجم الوسيط ١/ ٤٣٩.

(٢) المطيعي، تكملة المجموع ١٤/ ٤٠٠.

(٣) الحصكفي، الدر المختار٩/ ٤٧٦.

قوله (دفع الأشجار): أخرج البيع، لأنه عقد تمليك العين لا دفعها.

قوله (إلى من يعمل فيها): أخرج الإجارة، لأنها وإن كانت فيها دفع للانتفاع، لا ليعمل فيها.

قوله (على أن الثمرة بينهما): أخرج المزارعة، وأطلق من يعمل فشمل الشريك وغيره.

٢- وعرفها المالكية بأنها: عقد على خدمة شجر وما ألحق به بجزء من غلته أو بجميعها بصيغة[١].

٣- وعرفها الشافعية بأنها: أن يعامل إنسان إنساناً على شجرة ليتعهدها بالسقي والتربية على أن ما رزق الله تعالى من الثمرة يكون بينهما[٢].

٤- وعرفها الحنابلة بأنها: دفع شجر إلى من يقوم بمصلحته بجزء معلوم من ثمرته[٣].

وعرفها القانون المدني الأردني في المادة (٧٣٦) بأنها: عقد بين عامل ومالك، أو زرع على أن يقوم العامل بخدمة الشجر، أو الزرع مدة معلومة في نظير جزء شائع من غلته.

ويمكن تعريف المساقاة بأنها: عقد يدفع بموجبه صاحب الشجر شجره لمن يقوم بإصلاحه بجزء معلوم من ثمره.

---

(١) الدردير، الشرح الكبير ٣/ ٥٣٩.

(٢) النووي، النووي ٥/ ١٥٠، الشربيني، الإقناع ٢/ ٢٠١.

(٣) المرداوي، الإنصاف ٥/ ٣٤٤، ابن قدامة، المغني ٧/ ٥٢٧.

المطلب الثاني: حكم المساقاة

اختلف الفقهاء في جواز المساقاة على قولين:

القول الأول: ذهب جمهور الفقهاء المالكية، والشافعية، والحنابلة، وأبو يوسف ومحمد من الحنفية، وعليه الفتوى عند الحنفية إلى جواز عقد المساقاة[١]. واستدلوا بما يلي:

١- روي عن ابن عمر رضي الله عنهما:" أَن النبي ﷺ عامل خيبر بشطر ما يخرج منها من ثمر، أو زرع"[٢].

وفي لفظ آخر: أن النبي ﷺ ساقى يهود خيبر على تلك الأموال على الشطر، وسهامهم معلومة، وشرط عليهم أنا إذا شئنا أخرجناكم.

٢- الإجماع: فقد أجمع الصحابة والتابعون قولاً وعملاً على مشروعية المساقاة، ولم يخالف في ذلك أحد منهم.

قال ابن قدامة رحمه الله تعالى: (قال أبو جعفر محمد بن علي بن الحسين بن علي ابن أبي طالب رضي الله عنه وعن آبائه: عامل رسول الله ﷺ أهل خيبر بالشطر، ثم أبو بكر، وعمر، وعثمان، وعلي، ثم أهلوهم إلى اليوم يعطون الثلث والربع، وهذا عمل به الخلفاء الراشدون مدة خلافتهم، واشتهر ذلك فلم ينكره منكر، فكان إجماعاً)[٣].

٣- ولأن الحاجة داعية إليها؛ لأن مالك الأشجار قد لا يحسن تعهدها، أو لا

---

(١) الكاساني، بدائع الصنائع٦/ ١٧٥، ابن رشد، بداية المجتهد٢/ ٢٤٧، الرملي، نهاية المحتاج٥/ ٢٤٤، ابن قدامة، المغني٥/ ٢٢.

(٢) سبق تخريجه، ص(٣٨٦).

(٣) المغني ٥/ ٥٢٧.

يتفرغ لها، ومن يحسن ويتفرغ قد لا يملك الأشجار، فيحتاج ذلك إلى الاستعمال، وهذا إلى العمل، ولو اكترى المالك لزمته الأجرة في الحال، وقد لا يحصل له شيء من الثمار، ويتهاون العامل، فدعت الحاجة إلى تجويزها دفعاً للحاجتين، وتحصيلاً لمصلحة الفئتين، قياساً على المضاربة بالأثمان(١).

القول الثاني: وذهب أبو حنيفة وزفر إلى عدم جواز المساقاة(٢). واستدلوا بما يلي:

١- وفي رواية أخرى عنه قال: كنا نخابر على عهد رسول الله ﷺ، فذكر أن بعض عمومته أتاه، فقال: نهى رسول الله ﷺ عن أمر كان لنا نافعاً،

وطواعية الله ورسوله أنفع لنا وأنفع. قال: قلنا وما ذاك؟، قال: قال رسول الله ﷺ:" من كانت له أرض فليزرعها، أو فليزرعها أخاه، ولا يكاريها بثلث، ولا بربع، ولا بطعام مسمى"(٣). وهذا الحديث وإن كان وارداً في المزارعة، غير أن معنى النهي (وهو الكراء بجزء من الخارج من الأرض) وارد في المساقاة أيضاً(٤).

٢- عن أبي هريرة رضي الله عنه قال:" نهى رسول الله ﷺ عن بيع الحصاة، وعن بيع الغرر"(٥).

وجه الدلالة: أن المساقاة فيها غرر متردد بين ظهور الثمرة وعدمها، وبين قلتها وكثرتها، فكان الغرر فيها أعظم، والغرر منهي عنه، والنهي عن الشيء يدل على فساد المنهي عنه، فاقتضى أن يكون بإبطال العقد أحق(٦).

---

(١) الشربيني، مغني المحتاج ٢/ ٣٢٢، ابن قدامة، المغني ٥/ ٥٢٧.
(٢) الكاساني، بدائع الصنائع ٦/ ١٧٢، الزيلعي، تبيين الحقائق ٥/ ٢٧٨.
(٣) سبق تخريجه، ص (٣٨٨).
(٤) الكاساني، بدائع الصنائع ٦/ ١٧٥، الموصلي، الاختيار٣/ ٥٧.
(٥) مسلم، صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب بطلان بيع الحصاة والبيع الذي فيه غرر، ح(٣٨٨١).
(٦) النووي، المجموع ١٤/ ٤٠٢، الماوردي، الحاوي٧/ ٣٥٧.

٣- ولأن المساقاة إجارة على عمل جعلت الثمر فيه أجرة، والأجرة لا تصح إلا أن تكون معينة، أو ثابتة في الذمة، وما تثمره نخل المساقاة غير معينة، ولا ثابتة في الذمة، فوجب أن تكون باطلة[١].

والراجح هو القول الأول القائل بجواز المساقاة، وذلك لقوة أدلته. وقد أخذ القانون المدني الأردني بالمساقاة وأقرها، وأقر لها قانوناً خاصاً بها في المواد (٧٣٦-٧٤٦).

المطلب الثالث: حكمة مشروعية المساقاة

تحقيق المصلحة ودفع الحاجة، فمن الناس من يملك الشجر، ولا يملك الخبرة في إصلاح الشجر والثمر، وتنمية هذه الأشجار وتعهدها بالسقي وسائر ما تحتاج إليه هذه الأشجار، أو لا يتفرغ له، ومنهم من يملك الخبرة، ويحسن التفرغ لسقي الأشجار وخدمتها وإصلاحها، ولا يملك الشجر، فمست الحاجة إلى انعقاد هذا العقد بين المالك والعامل[٢].

المطلب الرابع: صفة المساقاة ووقت لزومها:

أولاً: صفة المساقاة

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: ذهب جمهور الفقهاء الحنفية، والمالكية، والشافعية، وبعض الحنابلة[٣] إلى أن المساقاة عقد لازم للطرفين، صاحب الشجر، والساقي، وأنه لا

---

(١) المصادر السابقة.

(٢) الشربيني، مغني المحتاج ٢/ ٣٢٢، ابن قدامة، المغني ٥/ ٥٢٧.

(٣) السرخسي، المبسوط ٢٣/ ١٠١، ابن رشد، بداية المجتهد٢/ ٣٢٠، الشربيني، مغني المحتاج٢/ ٣٢٢، المرداوي، الإنصاف ٥/ ٤٧٢، البهوتي، كشاف القناع ٣/ ٥٣٧.

خيرة لواحد من المتعاقدين في فسخه، أي لا يملك أحدهما الفسخ بدون رضا الآخر. واستدلوا بما يلي:

١- قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ [المائدة: ١].

وجه الدلالة: أن الله عز وجل أمر بالوفاء بالعقود، والأمر ورد عاماً، وهو يدل على لزومها، والمساقاة عقد من العقود، فتكون لازمة لدخولها في عموم الآية.

قال السعدي رحمه الله تعالى: (الصحيح أن المساقاة، والمزارعة عقدان لازمان، لدخولهما في الأمر بالوفاء بالعقود، والعهود)[١].

٢- أن المساقاة إجارة في خدمة عين قائمة، فكانت لازمة للطرفين كالإجارة، ولأن المقصود من المساقاة الكسب، والعوض، وليست من عقود التبرعات، أو الوكالات حتى يفسح لأحدهما في فسخها[٢].

القول الثاني: وذهب الحنابلة، والسبكي من الشافعية[٣] إلى أن عقد المساقاة عقد جائز غير لازم للطرفين، حتى يحق لكل واحد منهما الفسخ متى شاء. واستدلوا بما يلي:

١- أن اليهود سألوا رسول الله ﷺ أن يقرهم بخيبر، على أن يعملوها، ويكون للرسول ﷺ شطر ما يخرج منها، فقال لهم الرسول ﷺ: " نقركم على ذلك ما شئنا"[٤].

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ جعل الخيار إليه في مدة إقرارهم فيها، وهذا يقتضي عدم اللزوم، إذ لو كانت المساقاة لازمة لما جازت بغير تقدير مدة، ولأنه لم ينقل عن

(١) المختارات الجلية، ص ٨٨.

(٢) الدسوقي، حاشية الدسوقي ٣/ ٥٤٥، الرملي، نهاية المحتاج ٥/ ٢٥٨، الشربيني، مغني المحتاج ٢/ ٤٤٦.

(٣) ابن قدامة، المغني٧/ ٥٤٢، البهوتي، كشاف القناع٣/ ٥٣٧، الشربيني، مغني المحتاج ٣/ ٣٣٠.

(٤) سبق تخريجه، ص (٣٨٦).

النبي ﷺ أنه قدر لهم ذلك بمدة، ولو قدر لما ترك نقله، لأن هذا مما يحتاج إليه فلا يجوز الإخلال بنقله.

٢- أن المساقاة عقد على جزء من نماء المال، فكان عقدها جائز غير لازم كالمضاربة[١].

والراجح هو أن عقد المساقاة عقد لازم للطرفين، لقوة أدلة الجمهور، ولأن في لزوم المساقاة للطرفين مراعاة لمصلحة كل منهما، إذ لو تمكن العامل من فسخه قبل تمام العمل، لتضرر المالك بفوات الثمرة، أو بعضها لكونه لا يستطيع القيام بالمساقاة بنفسه، لعدم إحسانه ذلك، أو لعدم تفرغه، ولو تمكن المالك من فسخه، لتضرر العامل بفوات نصيبه من الثمرة، لأن الغالب كونه أكثر من أجرة المثل.

وهذا ما رجحه القانون المدني الأردني في المادة (٧٣٨) فنص على أن: (المساقاة عقد لازم، فلا يملك أحد المتعاقدين فسخه إلا لعذر يبرر ذلك).

ثانياً: وقت لزومها:

اختلف الفقهاء في وقت لزوم عقد المساقاة على قولين:

القول الأول: ذهب جمهور الفقهاء الحنفية، والمالكية، والشافعية [٢] إلى أن المساقاة تكون لازمة بمجرد العقد، ولا يفتقر لزومها إلى الشروع في العمل. لأن المساقاة يكون العمل فيها على عين باقية بحالها، فأشبهت الإجارة، والإجارة تلزم بالقول، فكذلك المساقاة.

القول الثاني: وذهب بعض المالكية إلى أن المساقاة لا تلزم بمجرد العقد، بل بالشروع في العمل، أو بحوز المساقاة[٣].

---

(١) المصادر السابقة.

(٢) السرخسي، المبسوط٢٣/ ١٠١، ابن رشد، بداية المجتهد٢/ ٣٢٠، الرملي، نهاية المحتاج ٥/ ٢٥٨.

(٣) البناني، حاشية البناني على شرح الزرقاني ٥/ ٢٥٨.

والراجح هو قول الجمهور أن المساقاة تلزم بمجرد العقد، ولا يفتقر إلى الشروع في العمل والسقي، لأن القول بعد لزوم عقد المساقاة، يؤدي إلى ضرر الطرفين، إذ لو ترك المساقي العمل في وقت يكون النخل فيه في أمس الحاجة إلى السقي، لأنه غير ملزم بتنفيذه، وفي هذا ضرر عظيم على صاحب النخل، فقد لا يجد من يقوم بسقي نخله، ولربما تضرر في البحث عن البديل الذي يقوم بالسقي.

المطلب الخامس: أركان المساقاة

أركان المساقاة عند جمهور الفقهاء[١] خمسة هي: العاقدان، والصيغة، ومتعلق العمل وهو الشجر، والثمار، والعمل، وزاد المالكية ركناً سادساً وهو المدة[٢]. والركن عند الحنفية هو الصيغة وهي الإيجاب والقبول فقط، والبواقي أطراف[٣].

المطلب السادس: شروط صحة المساقاة

شروط المساقاة هي الشروط المتعلقة بأركانها الخمسة، نبينها كما يلي:

أولاً: الصيغة: أي الإيجاب والقبول بكل ما ينبئ عن إرادة المساقاة لفظاً، أو معنى. وتصح المساقاة بلفظ المساقاة، والمعاملة، والمفالحة، وبكل لفظ يؤدي معناها، كقوله: سلمت إليك نخيلي لتتعهدها على كذا؛ أو اعمل في بستاني هذا على أن يكون الثمر بيننا مناصفة، لأن القصد المعنى، فكل لفظ يؤدي معنى المساقاة، تصح المساقاة به كالبيع[٤].

---

(١) الدسوقي، حاشية الدسوقي٣/ ٥٣٩، الشربيني، مغني المحتاج٢/ ٣٢٣، البهوتي، كشاف القناع٣/ ٥٣٢.

(٢) الدسوقي، حاشية الدسوقي٣/ ٥٣٩، ابن رشد، بداية المجتهد٢/ ٣١٩.

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع٦/ ١٧٦، ابن نجيم، البحر الرائق٨/ ١٨٦، الموصلي، الاختيار٣/ ٧٩.

(٤) الكاساني، بدائع الصنائع ٦/ ١٧٧، الدردير، الشرح الكبير٣/ ٥٤٠، النووي، روضة الطالبين٥/ ١٥٧، البهوتي، كشاف القناع ٣/ ٥٣٣.

ثانياً: العاقدان: وهما العامل والمالك، واشترط جمهور الفقهاء في العاقدين أن يكونا عاقلين، فلا يصح عقد المجنون، ولا يشترط البلوغ، فيصح مساقاة الصبي المأذون، لأن المساقاة استئجار ببعض الخارج، وهو يملك الإجارة لأنها تجارة، فكذلك المساقاة[١].

وتصح عند الشافعية المساقاة من جائز التصرف لنفسه، لأنها معاملة على المال، وكذا تصح للصبي، والمجنون، والسفيه بالولاية عليهم عند الاحتياج إلى ذلك[٢].

ثالثاً: المحل: وهو مورد العمل، أي ما يقوم العامل بسقيه ورعايته مقابل جزء من الثمر، ومتعلقه وهو الشجر، ويشترط فيه الشروط التالية:

١- أن يكون مما تصح المساقاة عليه: اتفق الفقهاء على جواز المساقاة على النخل، واختلفوا في غيره، والراجح هو جواز المساقاة في جميع أنواع الشجر مطلقاً المثمر، كالنخيل والكرم، والزيتون، والرمان، والتين، والتفاح وغير ذلك، وغير المثمر، وفي النباتات غير الأشجار، كالباذنجان، والفاصوليا، والخيار، والبطاطا، والبصل، وسائر أنواع البقول مما ينبت فوق الأرض ويثمر، والورود، لعموم حديث ابن عمر رضي الله عنهما، ولأن المساقاة جوزت للحاجة، خصوصاً مع تغير الزمان والحال، فإن المساقاة كانت قديماً محدودة بنوع أو نوعين، أو أكثر من الأشجار، وأما اليوم فقد توسعت لتشمل أنواع عديدة من الأشجار والمزروعات، وهذا قد يكون فيه صعوبة لصاحب الشجر والمزروعات.

٢- أن يكون محل المساقاة معلوماً معيناً: ويحصل العلم بالرؤية أو بالإشارة أو بالتحديد، أو بالوصف الذي لا يختلف معه، فإن كان مجهولاً لم تصح المساقاة عليه،

---

(١) الكاساني، بدائع الصنائع ٦/ ١٨٥، الشربيني، مغني المحتاج ٢/ ٣٢٣، البهوتي، كشاف القناع ٣/ ٥٣٢.

(٢) الشربيني، مغني المحتاج ٢/ ٣٢٣.

لأن الجهالة تؤدي إلى المنازعة، وكذا لا تصح إن ساقاه على أحد هذين الحائطين، لأنه غير معين، ولأن الغرض يختلف باختلاف الأعيان فلم يجز على غير معين كالبيع[١].

٣- أن يكون الشجر مما يزيد ثمره بالسقي والتعهد: بأن لا يتناهى نضجه، فإن تناهى نضجه لم تصح المساقاة عليه، لعدم تأثير العمل فيه بالزيادة، وعليه يكون الخارج لصاحب الشجر، لأن العمل المشروط لم يوجد[٢].

رابعاً: العمل: ويشترط في العمل ثلاثة شروط، هي:

١- أن يكون العمل داخلاً في أعمال المساقاة: فإن شرط عليه عملاً ليس من أعمال المساقاة فسدت المساقاة.

واتفق الفقهاء على أن السقي والإبَّار هما من أعمال المساقاة، وأنهما مما يجب على العامل فعله، واختلفوا في غيرهما.

قال ابن رشد رحمه الله تعالى: (إن العلماء بالجملة أجمعوا على أن الذي يجب على العامل هو السقي والإبار، واختلفوا في غير ذلك)[٣].

ولا يصح أن يشترط على العامل زيادة خارجة عن عمل المساقاة، كأن يعمل له عملاً في بستان آخر، لمخالفته لمقتضى عقد المساقاة[٤].

قال ابن رشد رحمه الله تعالى: (اتفقوا على أنه لا يجوز فيها اشتراط منفعة زائدة، مثل أن يشترط أحدهما على صاحبه زيادة دراهم، أو دنانير، أو شيئاً من الأشياء

---

(١) الكاساني، بدائع الصنائع ٦/ ١٧٧، الدسوقي، حاشية الدسوقي ٣/ ٥٤٣، النووي، روضة الطالبين ٥/ ١٥١، ابن قدامة، المغني ٧/ ٥٣٨.

(٢) المصادر السابقة.

(٣) بداية المجتهد ٢/ ٣١٨.

(٤) الدردير، الشرح الكبير ٣/ ٥٤٠، النووي، روضة الطالبين ٥/ ١٥٥، البهوتي، كشاف القناع ٣/ ٥٣٦.

الخارجة عن المساقاة)[١].

٢- أن ينفرد العامل بوضع يده على الحديقة، حتى يتمكن من العمل متى شاء، أي أن يخلي صاحب الشجر بين العامل وبين الأشجار، ليتسنى له العمل بها، وإصلاحها بالسقي وغيره في أي وقت شاء، فلو شرط المالك أن يكون محل العمل في يده، أو أن يشارك العامل في وضع يده عليه، لم تصح المساقاة، أو شرط الدخول عليه جاز على الصحيح[٢].

٣- أن ينفرد العامل بالعمل بحيث يكون مقتصراً عليه، فيقوم بسقي النخل، وتأبيرها، وقطع الأعشاب المؤثرة على نمائها وإثمارها، وتسميدها، وكل ما اتفق معه واشترط عليه أن يقوم به بما يسهم في إصلاح الثمر، دون أن يشترط شيئاً من ذلك على المالك، والقاعدة في ذلك: أن كل ما يجب على العامل إذا شرط على المالك يفسد العقد، فإن شرط مشاركة المالك في العمل فسدت المساقاة، لانعدام التخلية بين العامل ومحل العمل، كما هو الحال في المضاربة إذا شرط فيها العمل على رب المال[٣].وقد نص القانون المدني الأردني على هذه الشروط في المادة (١/٧٤٠) فقال: (الأعمال التي يحتاج إليها في خدمة الشجر، ونمو الغلة وجودتها، والمحافظة عليها إلى أن تدرك كالسقي، وتلقيح الشجر وتقليمه تكون على عهدة المساقي، وأما الأعمال الثابتة التي لا تتكرر كل سنة كحفر الآبار، وإقامة مستودعات لحفظ الغلة فهي على صاحب الشجر، أو الزرع).

خامساً: الثمار: ويعبر الفقهاء عنه بالخارج، ويشترط له شرطان:

---

(١) بداية المجتهد ٢/ ٣١٨.

(٢) شيخ زاده، مجمع الأنهر٢/ ٥٠٤، النووي، روضة الطالبين ٥/ ١٥٥.

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع ٦/ ٢٩٠، الدسوقي، حاشية الدسوقي٣/ ٥٤٦، الحصني، كفاية الأخيار ١/ ٣٥١، البهوتي، كشاف القناع ٣/ ٥٤٠.

أن يكون مشتركاً بين المالك والعامل: فلا يصح اختصاص أحدهما به، لأن معنى الشركة ينبئ عن الاشتراك في الناتج، واختصاص أحدهما بالناتج يؤدي إلى قطع الشركة، فيفسد العقد[١]. وأجاز المالكية أن تكون الثمرة كلها للعامل، أو للمالك، كما في المضاربة، ويكون ذلك منحة لا مساقاة[٢].

٢- أن يكون نصيب كل واحد منهما جزءاً مشاعاً معلوم القدر: كالنصف، والثلث، الربع، فإن ساقاه على جزء مبهم كالسهم، والخط لم يجز، لأنه مع الجهل بالمقدار لا تمكن القسمة، ولو شرط له ثمر نخلات معينة، أو بقعة معينة من البستان لم يجز، لأنها ربما لا تثمر، فتكون الثمرة كلها لرب المال، أو تثمر هي دون غيرها، فيختص العامل بالثمر دون المالك، فيؤدي إلى قطع الشركة في الخارج، وكل شرط يؤدي إلى قطع الاشتراك يفسد به العقد[٣].

وقد أخذ القانون المدني الأردني بهذا الشرط، فقد نص في المادة (٧٣٧) على أنه: (يشترط لصحة المساقاة أن تكون حصة كل من الطرفين في الغلة مقدرة بنسبة شائعة).

---

(١) الكاساني، بدائع الصنائع٦/ ١٨٦، الدسوقي، حاشية الدسوقي٣/ ٥٤٠، الشربيني، مغني المحتاج٢/ ٣٢٦، البهوتي، كشاف القناع٣/ ٥٣٥.

(٢) ابن رشد، بداية المجتهد ٢/ ١٨٧، ابن جزي، القوانين الفقهية، ص ٣٠٢.

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع ٦/ ١٨٦، الدسوقي، حاشية الدسوقي٣/ ٥٤٠، الشربيني، مغني المحتاج ٢/ ٣٢٦، ابن قدامة، المغني ٥/ ٥٦٥.

المطلب السابع: أحكام المساقاة

أولاً: التزامات العامل والمالك:

اختلف الفقهاء فيما يجب على العامل والمالك نبينه كما يلي:

١- الحنفية: القاعدة عند الحنفية: أن كل عمل يكون قبل إدراك الثمرة من السقي، والتلقيح، والحفظ فعلى العامل، وما بعد الإدراك كالجذاذ وهو القطف، والحصاد، والحفظ، فعليهما معاً، وما بعد القسمة فهو عليهما، فلو شرط ذلك على العامل فسدت المساقاة، لأنه لا عرف فيه.

وكذلك كل عمل لا تبقى منفعته بعد انتهاء مدة المساقاة كالسقي والتلقيح، إن اشترط ذلك على العامل لا يفسد به العقد، وما تبقى منفعته بعد المدة كغرس الأشجار، ونصب العرائش، إن اشترط ذلك على العامل يفسد به العقد(١).

٢- المالكية(٢): قالوا إن كل ما يفتقر إليه الثمر عرفاً يجب على العامل ولو بقي بعد المساقاة، ولا يشترط تفصيل العمل، ويحمل على العرف إن كان منضبطاً وإلا فلا بد من البيان. وقالوا أن العمل في الحائط ينقسم إلى ثلاثة أقسام:

أ- ما لا يتعلق بإصلاح الثمرة: فلا يجب على العامل من ذلك شيء، ولا يجوز أن يشترط عليه إلا الشيء اليسير، كسد الحيطان، وإصلاح مجاري المياه.

ب- ما له تعلق بإصلاح الثمرة ويبقى بعدها أو يتأبد: كحفر بئر، أو عين، أو ساقية، أو بناء بيت يخزن فيه الثمر، أو زرع الغراس، فإنه لا يلزم بالعقد، ولا يجب على العامل فعله، ولا يجوز اشتراطه عليه. وأما ما له تأثير في إصلاح الثمر، ويبقى بعد الثمر فيدخل عنده بالشرط في المساقاة لا بنفس العقد.

---

(١) المرغيناني، الهداية ٤/ ٥٨، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين ٥/ ١٨٥.

(٢) الحطاب، مواهب الجليل ٥/ ٣٧٥، ابن جزي، القوانين الفقهية، ص ٣٠٢، ابن رشد، بداية المجتهد٢/ ٣١٩.

ج- ما له تعلق بإصلاح الثمرة، وينقطع بانقطاعها، أو يبقى بعدها زمناً يسيراً، كالسقي، والحفر، والتقليم، والجذاذ وما أشبه ذلك، فهذا يلزم العامل بالعقد.

ومستند ذلك كله: أن عقد المساقاة جوز للحاجة، فلا يجوز منه إلا ما ورد عن الشارع قدر جوازه، والقدر الذي جوزه الشارع هو ما كان متعلقاً بإصلاح الثمرة، وما زاد على ذلك يبقى ممنوعاً بالأصل.

٣- الشافعية(١): قسموا العمل الذي تتطلبه المساقاة إلى أربعة أقسام:

أ- ما يعود نفعه على الثمرة دون النخل: ويتكرر كل عام، كالتلقيح، والجذاذ، والإبَّار، فهذا يجوز اشتراطه على العامل.

لكن بعضه يلزم بالعقد، وهو ما لا تحصل الثمرة إلا به، كالتلقيح، والإبَّار، وكذا ما كان بعد تكامل الثمرة ونضجها، كالجذاذ، واللقاط لعدم استغناء الثمرة عنه. وبعضه الآخر يلزم بالشرط، وهو كل ما تنمو به الثمرة، وقد تصلح بدونه، كتصريف الجريد، وتدلية الثمرة، وتعريش شجر العنب.

ب- وهو ما يعود نفعه على النخل دون الثمر، ولا يتكرر كل سنة، بل يقصد منه حفظ الأصول، كحفر الآبار، وشد الحظائر، وشق السواقي وبناء الحيطان، فهذا لا يجوز اشتراطه على العامل، بل هو من وظيفة المالك، حتى لو شرط شيئاً من ذلك على العامل، بطل الشرط، وفسدت المساقاة. وذهب بعض الشافعية إلى بطلان الشرط وصحة المساقاة.

ج- ما يعود نفعه على الثمرة والنخل، كالسقي، وقطع الحشيش المضر بالنخل، فهذا يجب على العامل بنفس العقد، واشتراطه عليه تأكيد لما فيه من صلاح النخل وزيادة الثمرة.

---

(١) الماوردي، الحاوي ٩/ ١٧٨، النووي، روضة الطالبين ٥/ ١٥٨، الشربيني، مغني المحتاج ٢/ ٣٢٨.

د- ما لا يعود نفعه لا على الثمرة، ولا على النخل، كأن يشترط على العامل بناء بيت، أو أن يسقي له زرعاً، أو يخدمه مدة معينة، فهذا لا يصح اشتراطه على العامل، لخروجه عن موضوع المساقاة ومنافاته له.

٤- الحنابلة[1]: القاعدة عندهم: أن كل ما يتكرر كل عام فهو على العامل، وما لا يتكرر فهو على المالك، وبناء عليه فيلزم العامل مع إطلاق عقد المساقاة كل ما فيه صلاح الثمرة وزيادتها، كالسقي وإصلاح طريق الماء، وقطع الحشيش المضر والشوك، وحرث الأرض تحت الشجر، وتسوية الثمر، وحفظه على الشجر وبعده حتى يقسم، والجذاذ والحصاد.

وأما المالك فيلزمه ما فيه حفظ الأصل، كسد الحيطان، وإنشاء الأنهار، وحفر الآبار، وشراء ما يلقح به.

نص القانون المدني الأردني في المادة (٧٤٠) على الأعمال والنفقات التي تحتاج إليها المساقاة، ووضع بعض الأحكام التي يجب إتباعها ما لم يتفق على خلافها، فقال: (أ- الأعمال التي يحتاج إليها في خدمة الشجر، ونمو الغلة وجودتها، والمحافظة عليها إلى أن تدرك كالسقي، وتلقيح الشجر وتقليمه تكون على عهدة المساقي، وأما الأعمال الثابتة التي لا تتكرر كل سنة كحفر الآبار، وإقامة مستودعات لحفظ الغلة فهي على صاحب الشجر، أو الزرع. ب- النفقات المالية التي يحتاج إليها الاستغلال والعناية المعتادة كثمن سماد، وأدوية لمكافحة الحشرات إلى حين إدراك الغلة، تلزم صاحب الشجر أو الزرع. ج- أما النفقات التي يحتاج إليها بعد إدراك الغلة كنفقة القطاف، والحفظ، فتلزم الطرفين كلاً بنسبة حصته في الغلة).

---

(١) ابن قدامة، المغني ٥/ ٤٠١، البهوتي، كشاف القناع ٣/ ٥٤٠.

ثانياً: مدة المساقاة:

اختلف الفقهاء في اشتراط توقيت المساقاة على قولين:

١- ذهب جمهور الفقهاء الحنفية، والمالكية، والحنابلة[١] إلى أنه يصح توقيت المساقاة، ولا يشترط ذلك عندهم، فتصح المساقاة من غير توقيت لها، وتقع على أول جزة، أو ثمرة تخرج. لأن وقت إدراك الثمرة معلوم، وقلما يختلف وقته، وما كان هذا شأنه دخل في المتيقن وقته، ولأن رسول الله ﷺ وخلفاءه لم يضربوا مدة لأهل خيبر. ولأن المساقاة عقد جائز كالوكالة، فلا يشترط فيها التوقيت، لكن يصح توقيتها بمدة، لأنه لا ضرر في تقدير مدتها.

٢- ذهب الشافعية[٢] إلى اشتراط التوقيت لصحة المساقاة إجمالاً لا تفصيلاً، كسنة، أو أكثر بحيث تبقى فيها العين غالباً للاستغلال، فلا يصح إطلاقها ولا تأبيدها، لشبهها بالإجارة من حيث اللزوم، وكذا لا يصح توقيتها إلى زمن إدراك الثمرة لجهالته، فقد يتقدم، وقد يتأخر.

وخالف القانون المدني الأردني الفقهاء، وأوجب توقيت مدة المساقاة، وفي حالة عدم توقيت المدة فإنه تحمل على أول غلة، فنص في المادة (٧٣٩) على أنه:

١ – إذا لم يبين مدة للمساقاة تنصرف إلى أول غلة تحصل في سنة العقد ما لم يجر العرف على غير ذلك.

٢ – وإذا حدد في العقد مدة يتحمل فيها ظهور الثمر ولم يبد أصلاً فلا يستحق أحد العاقدين شيئاً على الآخر).

---

(١) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين ٥/ ١٨٢، الحطاب، مواهب الجليل٥/ ٣٧٨، البهوتي، كشاف القناع٣/ ٥٣٧.

(٢) الشيرازي، المهذب٣/ ٤٩٩، النووي، روضة الطالبين٥/ ١٥٦، الشربيني، مغني المحتاج ٢/ ٣٢٧.

ثالثاً: معاملة العامل غيره:

الأصل أن العامل هو الذي يجب عليه القيام بما اقتضاه عقد المساقاة من أعمال والتزامات، كالسقي، والتلقيح، والحفظ، لأنها من توابع المعقود عليه وهو العمل، بالإضافة إلى ما يشترطه المالك، لأن المالك إنما رضي خبرته وأمانته في هذا العقد لا غيره.

وقد اختلف الفقهاء في معاملة العامل غيره على قولين:

١- ذهب الحنفية، والحنابلة[1] إلى أنه ليس للعامل دفع الشجر معاملة إلى غيره، بغير إذن من المالك، إلا إذا قال له المالك: اعمل فيه برأيك، لأن ذلك معناه: إنشاء شركة في مال غيره بغير إذن المالك، وتصرف في المال بلا تفويض من المالك، فلم يصح لأنه لا يملكه. ولأن العامل إنما يعمل في الشجر ببعض الخارج منه، فلم يجز أن يعامل غيره فيه، قياساً على المضارب، والمالك إنما أذن له في العمل فيه، فلا يملك الإذن لغيره كالوكيل. وبناء على هذا القول يكون الثمر للمالك، وللعامل الثاني أجر مثله على العامل الأول، ولا أجر للأول، لأنه تصرف في مال غيره بدون تفويض، وهو لا يملك ذلك.

٢- وذهب المالكية، والشافعية [2] إلى أنه يجوز للعامل أن يعامل غيره بغير إذن المالك، ما لم يشترط المالك عمل العامل نفسه، فيمنع من ذلك، لأن المساقاة عقد لازم، وتصرف العامل فيها تصرف في حق نفسه، فيملك الاستنابة فيه.

واشترط المالكية أن يكون من يعامل العامل أميناً، فإن كان غير أمين لم تصح معاملته، ولو كان الأول مثله في عدم الأمانة، لأن المالك ربما رغب في الأول لأمر

---

(١) الكاساني، بدائع الصنائع٦/ ١٨٧، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين٥/ ١٨٥، ابن قدامة، المغني ٥/ ٤١٣.

(٢) الدردير، الشرح الكبير ٣/ ٥٤٥، الماوردي، الحاوي ٧/ ٣٦٣.

ليس في الثاني.

وأشترط الشافعية أن يكون نصيب الثاني من الثمار مثل ما شرط المالك للأول أو أقل، فإن كان أكثر لم يجز، لأنه لا يملك الزيادة.

وقد أخذ القانون المدني الأردني بمذهب الحنفية والحنابلة، فنص في المادة (٧٤١) على أنه: (لا يجوز للمساقي أن يساقي غيره دون إذن صاحب الشجر، أو الزرع، فإن فعل كان صاحب الشجر أو الزرع بالخيار إن شاء أخذ الغلة كلها، وأعطى من قام بالعمل أجر مثله، وإن شاء ترك الغلة لهما ورجع على المساقي الأول بأجر مثل محل المساقاة وضمنه ما لحق به من ضرر بسبب فعله).

رابعاً: انفساخ عقد المساقاة:

المساقاة عقد بين صاحب الشجر والعامل، على أساس التراضي بالإيجاب والقبول، وبكل لفظ يدل عليه. وهناك حالات ينفسخ عقد المساقاة، هي:

١- انتهاء مدة عقد المساقاة: لعقد المساقاة مدة يمكن خلالها قيام العامل بتنمية الثمر وتقاسمه مع صاحب الشجر، فإذا انتهت هذه المدة ونضج الثمر، فسخ عقد المساقاة، واقتسمت الثمرة على ما اشترطاه.

أما إذا انقضت المدة وما يزال الثمر فجاً[(١)]، فالقياس عند الحنفية يقضي ببطلان عقد المساقاة بمضي المدة، لكن الاستحسان يقضي ببقائه دفعاً للضرر، ويتخير العامل بين المضي في العمل على الشرط، حتى ينضج الثمر، وبين تركه[(٢)]:

أ- فإذا اختار المضي في العمل، لم يكن عليه أجر حصته حتى ينضج الثمر، لأن الشجر لا يجوز استئجاره. والعمل كله واجب على العامل وحده هنا، لعدم وجوب

---

(١) الفج: من كل شيء ما لم ينضج. انظر: إبراهيم، المعجم الوسيط٢/ ٦٧٤.

(٢) المبسوط، السرخسي٢٣/ ٥٧، الكاساني، بدائع الصنائع٦/ ١٨٤، الموصلي، الاختيار٣/ ٨١.

الأجر عليه لصاحب الشجر، بخلاف المزارعة، فإن العمل فيها يجب عليهما بنسبة حصصهما في الثمرة، لأنه لما وجب على من أجر الأرض بنسبة نصيبه من الخارج، وجب على المالك عمل مثل نسبة نصيبه من الخارج، لأن بانتهاء العقد أصبح الزرع مالاً مشتركاً بينهما.

ب- وإن اختار العامل الترك، لم يجبر على العمل، لكنه لا يمكن من قطف الثمر فجاً، دفعاً للضرر عن المالك، ويتخير بين: اقتسام الثمر غير الناضج، أو يأخذ قيمة نصيبه من المالك، ويبقى الثمر له، وبين ينفق عليه من قبل المالك، ثم يرجع المالك على العامل بجميع ما أنفق، لأن العمل على العامل فعليه بدله.

أما الشافعية والحنابلة[١] فقالوا: إذا ظهرت الثمرة ولم تكمل، ومضت المدة، فللعامل نصيبه من الثمرة، لأنه يملك حصته من الثمر بمجرد الظهور، ويجب عليه إتمام العمل فيها، كما لو انفسخت المساقاة قبل كمالها.

أما إذا انقضت المدة، ولم يحصل على الشجر طلع إلا بعد المدة، فلا شيء للعامل فيما عمل، ويضيع تعبه في المدة، إذا لم يكن فيها ثمرة، لأنه دخل في العقد على ذلك. وإذا حصل طلع، فعلى المالك التعهد إلى الإدراك، وقيل عليهما، ولا يلزم العامل لتبقيتها أجرة.

وإن أدركت الثمار قبل انتهاء المدة، وجب على العامل أن يعمل بقيتها بغير أجرة[٢].

٢- موت أحد العاقدين: اختلف الفقهاء في انفساخ المساقاة بموت أحد العاقدين:

---

(١) النووي، روضة الطالبين٥/ ١٥٦، الشربيني، مغني المحتاج٢/ ٣٢٨، ابن قدامة، المغني ٥/ ٥٧١.
(٢) الشربيني، مغني المحتاج٢/ ٣٢٨.

أ- ذهب الحنفية[1] إلى أن المساقاة تبطل بالموت، لأنها في معنى الإجارة، والإجارة عندهم تبطل بموت المؤجر أو المستأجر.

فلو طرأ الموت قبل الشروع في العمل، انفسخ العقد، ولا يلزم واحد منهما بشيء للآخر. ولو طرأ الموت بعد نضج الثمر انفسخ العقد، وقسم الثمر بينهما على حسب الشرط في العقد.

ولو طرأ الموت والثمر لم ينضج، فقال الحنفية ببقاء العقد حكماً، وإن بطل قياسياً، وفيه ثلاثة أحوال:

الأول: أن يموت رب الأرض ولما ينضج الثمر، بأن كان بسراً أو فجاً، فيجوز للعامل أن يقوم به حتى ينضج، وإن أبى ذلك ورثته، لأن في فسخ العقد إضراراً به، وإبطالاً لما كان مستحقاً بالعقد، وهو ترك الثمار في الأشجار إلى وقت الإدراك. ولو أراد العامل تحمل الضرر، ورضي بقطع الثمر فجاً، أو بسراً، تخير ورثة المالك بين أمور ثلاثة: أن يقسموا البسر على الشرط. أو أن يعطوا العامل قيمة نصيبه يومئذ فجاً، ويبقى الثمر لهم. أو أن ينفقوا عليه بأمر القاضي، ثم يرجعوا على العامل بجميع ما أنفقوا، لأن العمل عليه فعليه بدله، ولأنه ليس له إلحاق الضرر بهم.

الثاني: أن يموت العامل والثمر كذلك بسر، فيقوم وارثه مقامه، إن شاء يستمر على العمل حتى نضوج الثمر، ولا يحق لصاحب الأشجار منعه، لأنه نظر في ذلك إلى الجانبين، وإذا امتنع الوارث عن الاستمرار على العمل فلا يجبر، ولكن يكون صاحب الشجر مخيراً بأحد الوجوه الثلاثة التالية: أن يقسم الثمر الغير الناضج مع الوارث على الوجه المشروط. أو يعطي للوارث حصته من قيمة الثمر الغير الناضج. أو يصرف قدراً معروفاً بإذن القاضي، ويستمر على العمل، ويأخذ المبلغ المصروف

---

(١) السرخسي، المبسوط ٢٣/ ٥٨، الزيلعي، تبيين الحقائق٥/ ٢٨٤، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين ٥/ ١٨٤.

بعد ذلك من الوارث، ولكن لا يتجاوز هذا المبلغ المصروف في أي حال حصته من الثمر.

الثالث: إذا توفي صاحب الشجر والعامل، فيكون ورثة العامل مخيرين على الوجه المذكور آنفاً، لأنهم يقومون مقام العامل، وقد كان له في حياته هذا الخيار بعد موت رب الأرض، فكذلك يكون لورثته بعد موته[١].

ب- وذهب المالكية[٢] إلى أن المساقاة لا تبطل بالموت، لأن الموت كالفلس، والمساقاة كالكراء لا تنفسخ بموت المتكارين.

ج- وذهب الشافعية والحنابلة في قول[٣]إلى أن المساقاة تنفسخ بالموت في أحوال خاصة، وفرقوا بين موت المالك، وموت العامل: فإن مات مالك الشجر في أثناء المدة، لم تنفسخ المساقاة بل يستمر العامل ويأخذ نصيبه. وإن مات العامل، يفرق بين أن تكون المساقاة على عينه، أو على ذمته: فإن كانت المساقاة على عينه انفسخت المساقاة بموته، كما تنفسخ الإجارة بموت الأجير المعين، وإن كانت المساقاة على الذمة، فوجهان: الأول: تنفسخ، لأنه لا يرضى بيد غيره، والثاني: وهو الصحيح، وعليه التفريع: لا تنفسخ كالإجارة، بل ينظر:

١- إن خلف تركة تمم وارثه العمل، بأن يستأجر من يعمل، وإلا فإن أتم العمل بنفسه، أو استأجر من ماله من يتمم، فعلى المالك تمكينه إن كان مهتدياً إلى أعمال المساقاة ويسلم له المشروط، وإن أبى لم يجبر عليه على الصحيح.

٢- وإن لم يخلف تركة لم يقترض على الميت، وللوارث أن يتم العمل بنفسه، أو بماله، ويسلم له المشروط. فإن أبى لم يجب عليه شيء إذا لم يكن له تركة، وسلم

---

(١) المصادر السابقة.

(٢) الدردير، الشرح الكبير٣/ ٢٨٣، الدسوقي، حاشية الدسوقي ٣/ ٢٨٣.

(٣) النووي، روضة الطالبين٥/ ١٦٢، الشربيني، مغني المحتاج٢/ ٣٣١، البهوتي، كشاف القناع٣/ ٥٣٨.

إليه أجرة العمل الماضي، وفسخ العقد للمستقبل.

د- وذهب الحنابلة[١] إلى أن المساقاة عقد غير لازم ينفسخ بموت كل منهما، كما في المضاربة، ويكون الحكم فيها كما لو فسخها أحدهما.

وقد أخذ القانون المدني الأردني بقول الحنفية في حالة ما لو طرأ الموت والثمر لم ينضج، فنص في المادة (٧٤٥) على أنه: (١- لا تنتهي المساقاة بوفاة صاحب الشجر أو الزرع، وليس لورثته منع المساقي من متابعة عمله طبقاً للعقد.

٢- أما إذا توفي المساقي فلورثته الخيار بين إنهاء العقد، أو الاستمرار في العمل، فإن اختاروا الإنهاء والثمر لم ينضج استحقوا عند نضجه ما يصيب مورثهم منه بنسبة ما عمل حتى وفاته.

٣- وإذا كان مشروطاً على المساقي أن يعمل بنفسه تنتهي المساقاة بوفاته، ويستحق ورثته عند نضج الثمار ما يصيبه منها بنسبة عمله).

٣- الفسخ بالإقالة والعذر: المساقاة عقد لازم عند جمهور الفقهاء، ولا يملك أحدهما الفسخ بدون رضا الآخر، وإنما تفسخ بما تنفسخ به العقود اللازمة، وذلك بأحد أمرين:

أ- الاتفاق الصريح على الفسخ والإقالة: فإن وقع الفسخ بعد ظهور الثمرة، فالثمرة بينهما على ما شرطاه، وعلى العامل إتمام العمل، وإن وقع الفسخ قبل ظهور الثمرة، فإن كان الذي فسخ هو العامل، فلا شيء له، لأنه رضي بإسقاط حقه، وإن كان المالك فعليه أجر المثل للعامل، لأنه منعه إتمام العمل[٢].

ب- الفسخ بالعذر: وأهم الأعذار التي تجيز الفسخ:

---

(١) البهوتي، كشاف القناع٢/ ٥٣٨.

(٢) الشربيني، مغني المحتاج٢/ ٣٣١، البهوتي، كشاف القناع٣/ ٥٣٨.

١- أن يفدح رب الشجر دين لا يجد له قضاء إلا ثمن الشجر، فإن أمكن الفسخ من غير ضرر، كما لو كان ذلك قبل عمله، أو بعده وقد أدرك الثمر واستحصد، باع القاضي ثم فسخ، ولا تنفسخ المساقاة بالعذر نفسه، والفسخ هنا إنما جوز دفعاً للضرر عنه، لأنه لا يمكنه الاستمرار في العقد إلا بضرر.

وإن لم يكن الفسخ إلا بضرر، كما لو كان ذلك بعد العمل وقبل إدراك الثمر، لا تفسخ إلا بعد إدراكه، وذلك رعاية لحق العامل، وليس فيه سوى تأخير حق صاحب الدين، لا إهداره، فكان فيه رعاية الجانبين[١].

ويرى المالكية أن المساقاة لا تنفسخ بإفلاس المالك إذا طرأ الفلس على العقد، قبل العمل أو بعده، بل يباع الشجر على أنه مساقي ولو كانت المساقاة سنين، كما تباع الدار على أنها مستأجرة[٢].

٢- أن يطرأ ما يمنع العامل من الاستمرار في عمله، كإرادة الحج، أو السفر لمطالبة غريم، أو ما إلى ذلك.

٣- عجز العامل عن العمل، بمرض يضعفه عن القيام به، أو الشيخوخة، جاز فسخ العقد، لأن في إلزامه بالعمل بمقتضى العقد فيه زيادة ضرر لم يلتزمه. وكذلك لا يؤمر باستئجار من يعمل عمله، لأن فيه إلحاق ضرر لم يلتزمه في العقد، وهذا عند الحنفية[٣].

وعند المالكية[٤]: إذا عجز العامل وقد حل بيع الثمر، لم يكن للمالك أن يساقي غيره، ووجب عليه أن يستأجر من يعمل، وإن يكن له شيء استؤجر من حظه من الثمر.

---

(١) السرخسي، المبسوط٢٣/ ١٠١، الكاساني، بدائع الصنائع٦/ ١٨٣، الموصلي، الاختيار ٣/ ٨١.
(٢) الحطاب، مواهب الجليل ٥/ ٣٨٣، الدسوقي، حاشية الدسوقي ٣/ ٥٤٦.
(٣) السرخسي، المبسوط٢٣/ ١٠٢.
(٤) ابن رشد، بداية المجتهد ٢/ ٢٧١.

وعند الحنابلة[١]: إذا ضعف العامل وهو أمين، ضم إليه عامل قوي، ولا تنزع يده، لأن العمل مستحق عليه ولا ضرر في بقاء يده.

أما إن عجز بالكلية فإنه يقام مقامه من يعمل عنه، ولا يفسخ العقد، لأن عليه توفية العمل وهذا من توفيته.

٤- إذا أراد العامل ترك حرفته، ومزاولة أخرى أكثر إدرارا عليه في الرزق، وذلك إذا شرط العمل على العامل بعينه وبيده، دون ذمته، بالاكتفاء بأجرائه. وقيل لا يكون ذلك عذراً يبيح الفسخ، ويجبر العامل على العمل، لأن ذلك رغبة ومشيئة محضة، لم تصل إلى حدود الحاجة أو الضرورة[٢].

---

(١) ابن قدامة، المغني ٥/ ٥٧٤.

(٢) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين ٥/ ١٨٥، الشلبي، حاشية الشلبي ٥/ ٢٨٦.

الفصل الثاني: الشركات المعاصرة

تمهيد:

ظهرت في هذا العصر شركات حديثة، وهي تنحصر في نوعين، هما:

الأول: شركات الأموال: هي الشركات التي تعتمد في تكوينها وتشكيلها على رؤوس أموال الشركاء بغض النظر عن الشخصية المستقلة لكل مساهم، وتكون أسهمها قابلة للتداول[1]، ومن أشهرها: شركة المساهمة.

والثاني: شركات الأشخاص: هي الشركات التي يقوم كيانها على أشخاص الشركاء فيها، حيث يكون لأشخاصهم اعتبار، ويعرف بعضهم بعضاً، ويثق كل واحد منهم في الآخر[2]، ومن أشهرها: شركة المحاصّة.

وسنتناول في هذا الفصل في المبحث الأول: التعريف بحقيقة شركة المساهمة وأحكامها باعتبارها نوعا من أنواع شركات الأموال، وفي المبحث الثاني: التعريف بحقيقة شركة المحاصّة وأحكامها باعتبارها نوعا من أنواع شركات الأشخاص.

---

(١)قرار رقم(١٣٠)(أولا ١) بشأن الشركات الحديثة، مجمع الفقه الاسلامي.

(٢)القرار السابق نفسه، (ثانيا ١)

المبحث الأول

التعريف بحقيقة شركة المساهمة وخصائصها وأحكامها:

تنشأ شركات المساهمة للقيام بالمشروعات الكبرى والحيوية التي تحتاج الى رؤوس أموال كبيرة: كبناء المطارات والجامعات، وشركة الكهرباء، والمياه؛ فموضوع النشاط لهذه الشركات هو عنوانها كشركة الكهرباء والمياه، وليس للشركة عنوان مستمد من أسماء أحد الشركاء؛ كونها من شركات الأموال[١].

المطلب الأول: التعريف بحقيقة شركة المساهمة، وخصائصها

أولاً: حقيقة شركة المساهمة: هي الشركة التي يكون رأس مالها مقسماً إلى أسهم متساوية قابلة للتداول، ويكون كل شريك فيها مسؤولاً بمقدار حصته في رأس المال[٢].

ثانياً: خصائص شركة المساهمة: تمتاز شركة المساهمة بالخصائص الآتية:

١.شركة المساهمة مبناها على الاعتبار المالي لا الشخصي؛ فالأهمية فيها لرأس المال لا لشخص الشريك؛ لذا اعتبرت من شركات الأموال لا شركات الأشخاص، والشركاء فيها لا يسألون الا بمقدار حصصهم من رأس المال[٣]

٢.شركة المساهمة يكون رأس مالها مقسماً إلى أسهم متساوية؛ لذلك الأسهم فيها متساوية القيمة، فلا يوجد ما يسمى بالأسهم الممتازة التي تعطي لأصحاها حقوقا إضافية كعدم الخسارة والحصول على الأرباح الثابتة سواء خسرت الشركة أم ربحت[٤].

---

(١)جامعة القدس المفتوحة، فقه معاملات ٢، ص٣٦

(٢)قرار رقم (١٣٠) (أولا١ / أ) بشأن الشركات الحديثة، مجمع الفقه الاسلامي.

(٣)المعايير الشرعية، ص١٦٧، جامعة القدس المفتوحة، فقه معاملات ٢، ص٣٥

(٤)جامعة القدس المفتوحة، فقه معاملات ٢، ص٣٥

٣. أسهم الشركة المساهمة قابلة للتداول؛ بمعنى أنّ ملك الاسهم يستطيع بيعها بقيمتها الأسمية (وهي القيمة التي تبين في الصك) أو بأكثر منها أو أقلّ[١].

المطلب الثاني: حكم شركة المساهمة في الفقه الاسلامي

الأصل في الشركات الجواز إذا خلت من المحرمات والموانع الشرعية في نشاطاتها، فإن كان أصل نشاطها حراماً كالبنوك الربوية أو الشركات التي تتعامل بالمحرمات كالمتاجرة في المخدرات والأعراض والخنازير في كل أو بعض معاملاتها، فهي شركات محرمة لا يجوز تملك أسهمها ولا المتاجرة بها. كما يتعين أن تخلو من الغرر والجهالة المفضية للنزاع، وأي من الأسباب الأخرى التي تؤدي إلى بطلان الشــركة أو فسادها في الشريعة[٢].

وبالنظر الى خصائص شركة المساهمة نجدها جائزة شرعا؛ لانها شركة عنان قائمة على التراضي والوكالة؛ فعقد تأسيس الشركة فيه بيان للشروط، وقد رضي بها الشركاء، فدعوة الداعي لتأسيس الشركة يحقق الإيجاب، وإقبال المكتتبين على المساهمة في الشركة يحقق القبول، فهي عقد بين الشركاء في رأس المال والربح، ولا غرر ولا جهالة مفضية للنزاع، ومجلس الادارة يعتبر وكيلا عن الشركاء المساهمين، وبهذا ينطبق عليها القواعد الشرعية في شركة العنان، واقتصار مسؤولية الشريك على أسهمه المالية مشابه لمسؤولية رب المال في شركة المضاربة[٣]

اذن، مشروعية شركة المساهمة ترجع الى ما تقرر في الفقه الاسلامي من أن الأصل في المعاملات الإباحة ما لم يدل دليل التحريم، ولاحظنا أنّها ترجع من حيث التكييف الفقهي الى واحدة أو أكثر من الشركات الجائزة شرعا كالعنان والمضاربة[٤].

---

(١) المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(٢)قرار رقم (١٣٠) (ثانيا) بشأن الشركات الحديثة، مجمع الفقه الاسلامي.

(٣)الزحيلي، وهبة، الفقه الاسلامي وأدلته، (٤/ ٨٨١)، السعد، أحمد، فقه المعاملات، ص٤٦ وما بعدها

(٤)المعايير الشرعية، ص١٧٨.

المبحث الثاني

التعريف بحقيقة شركة المحاصّة وخصائصها وأحكامها

المطلب الأول: التعريف بحقيقة شركة المحاصة، وخصائصها

أولاً: **حقيقة شركة المحاصة**: هي شركة مستترة ليس لها شخصية قانونية وتنعقد بين شخصين أو أكثر يكون لكل منهم حصة معلومة في رأس المال، ويتفقون على اقتسام الأرباح والخسائر الناشئة عن عمل تجاري واحد أو أكثر يقوم به الشركاء أو أحدهم باسمه الخاص، وتكون المسؤولية محدودة في حق مباشر العمل فيها[١]

ثانياً: **خصائص شركة المحاصة**: تمتاز شركة المحاصة بالخصائص الآتية:

١.شركة المساهمة مبناها على الاعتبار الشخصي لا المالي؛ فالأهمية فيها لشخص الشريك من حيث الملاءة والمسؤولية في أمواله الشخصية؛ لذا اعتبرت من شركات الأشخاص لا شركات الأموال[٢]

٢.ليس لشركة المحاصة شخصية معنوية؛ لاستتارها عن غير الشركاء (ليس لها وجود ظاهر امام الغير بل هي مجرد عقد بين الشركاء)، وليس لها ذمة مالية مستقلة [٣]؛ لذلك فالمتعامل في هذه الشركة أمام الناس هو أحد الشركاء، والذي يلتزم للناس بديون الشركة والتزاماتها[٤].

٣. رأس مال هذه الشركة قد يكون من جميع الشركاء، وقد يكون من بعضهم، ثم يتقاسم الشركاء الأرباح والخسائر حسب الاتفاق في العقد وتنتهي الشركة[٥].

---

(١) قرار رقم (١٣٠) (أولا ٢/ ج) بشأن الشركات الحديثة، مجمع الفقه الاسلامي.

(٢) المعايير الشرعية، ص١٦٨.

(٣) المعايير الشرعية، ص١٦٩.

(٤) الزحيلي، وهبة، الفقه الاسلامي وأدلته، (٤/ ٨٨١)، السعد، أحمد، فقه المعاملات، ص٥٢

(٥) المرجعان أنفسهما، الصفحات نفسها

المطلب الثاني: حكم شركة المحاصّة في الفقه الاسلامي:

لما كانت شركة المحاصة عقدا يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع مالي؛ لاقتسام ما قد ينشأ عن هذه الشركة من أرباح وخسائر، فهذه الشركة جائزة شرعاً؛ لأنها شركة عنان إذا كانت حصص الشركاء شائعة الملكية بين الشركاء(١).

وقد تكون شركة عنان و مضاربة اذا تمّ تسليم رأس المال لأحد الشركاء؛ ليستثمره لمصلحة جميع الشركاء، ويكون الشريك المتصرف مضاربا، وفي الوقت نفسه شريك عنان بالجزء الذي شارك فيه من رأس مال الشركة، والذين لم يساهموا في الإدارة فهم شركاء مضاربون(٢).

والخلاصة التي نصل إليها الى أن مشروعية الشركات الحديثة ترجع الى أنّ الأصل في المعاملات الإباحة مالم يدل الدليل على التحريم، وقد تبين لنا أنّ الشركات الحديثة من حيث التكييف الفقهي ترجع الى واحدة أو أكثر من الشركات الجائزة شرعا كالعنان والمضاربة(٣).

---

(١)الزحيلي، وهبة، الفقه الاسلامي وأدلته، (٤/ ٨٨٠).

(٢)الزحيلي، وهبة، الفقه الاسلامي وأدلته، (٤/ ٨٨٠)، السعد، أحمد، فقه المعاملات، ص٥٢.

(٣)الخياط، عبدالعزيز، الشركات في الشريعة الاسلامية، (٢/ ١٥٨ وما بعدها)، المعايير الشرعية (ص١٧٨).



الباب الثاني: فقه التبرعات

ويحتوي على تمهيد وفصلين على النحو الآتي

الفصل الأول: عقود التبرعات على الأعيان

المبحث الأول: عقد الهبة

المبحث الثاني: الوصية

الفصل الثاني: عقود التبرعات الواردة على المنافع

المبحث الأول: عقد الوقف

المبحث الثاني: عقد الوديعة

المبحث الثالث: عقد العارية

المبحث الرابع : عقد اللقطة

المبحث الخامس : عقد اللقيط





الفصل الأول : عقود التبرعات

المبحث الأول: عقد الهبة

المبحث الثاني: عقد الوقف

المبحث الثالث: عقد الوديعة

المبحث الرابع: عقد العارية

المبحث الخامس: عقد اللقطة

المبحث السادس: عقد اللقيط

تمهيد: في تعريف عقود التبرعات وخصائصها

أولاً: **تعريف عقود التبرعات**: هي العقود التي يتوصل بها الى تمليك عين في الحياة (كعقد الهبة)، أو بعد الموت (كعقد الوصية)، أو منفعة (كعقد الإعارة) من طرف الى آخر، أو الى جهة من جهات الخير والنفع العام (كعقد الوقف) بلا عوض مادي ولا مقابل أقوى الإضافات[(١)].

ثانياً: خصائص عقود التبرعات: تتسم عقود التبرعات بعدة خصائص من أهمها[(٢)]:

١-تختص التبرعات بمن يتمتع بأهلية التبرع الكاملة (البلوغ والعقل والرشد): فلا تصح من ناقص الأهلية (كالصبي المميز)، ولا من فاقد الأهلية (كالصبي غير المميز والمجنون)، ولا من الولي الشرعي، أو القضائي؛ لان التبرعات من التصرفات

---

(١) أبو غدة، عبدالستار، موسوعة (أوفوا بالعقود) ، ص٥٩ وما بعدها، شبير ، محمد، ا لمدخل الى فقه المعاملات المالية، ص٤٦ وما بعدها .

(٢) المرجعان السابقان، الصفحات نفسها.

الضارة في حق هؤلاء (أي: فاقدي الأهلية وناقصيها).

٢-لا تتم عقود التبرعات الا بالقبض: فهي عقود عينية لا تتم الا بقبض العين (كالهبة والاعارة).

٣-عقود التبرعات مبناها على التسامح، فلا تؤثر فيها الجهالة والغرر الكثير؛ لان مبناها على التمليك مع انتفاء العوض وعدم المقابل المادي، فلا ضرر من الجهالة فيها، تؤدي الى التنازع، وفقا للقاعدة الفقهية :(يغتفر في التبرعات ما لا يغتفر في المعاوضات) .

٤-التبرعات حظيت بالتشجيع عليها، والترغيب بها من الشارع الكريم؛ لانها من قبيل الاحسان والمعروف، وهي بهذه السمة تشترك مع الاسقاطات (كالإبراء مثلا)، غير أنها تختص بالتمليك الفعلي بخلاف الاسقاطات التي تقتصر فقط على التنازل أو الاعفاء من الالتزام المالي ولا يوجد فيها تمليك.

المبحث الأول

عقد الهبة[١]

المطلب الأول: تعريف الهبة

الهبة لغة : مشتقة من الفعل وهب وتعني إيصال ما ينفع من مال وغيره، ومنه قوله تعالى: ﴿وَهَبْ لَنَا مِن لَّدُنكَ رَحْمَةً﴾ [آل عمران: ٨] وقوله تعالى:

﴿فَهَبْ لِي مِن لَّدُنكَ وَلِيًّا ۝٥﴾ مريم: ٥

يقال وهبت له وهبا بإسكان الهاء وفتحها وهبة.

ويقال تواهب القوم إذا وهب بعضهم بعضا.

واتهبت الهبة قبلتها، واستوهبتها سألتها.

ورجل وهاب ووهابة كثير الهبة[٢].

أما الهبة اصطلاحاً:

فقد عرفها الحنفية بأنها تمليك عين بلا عوض.

وتقييدهم للهبة بالعين أخرج تمليك المنافع كالإعارة والإجارة.

وأما قيد بلا عوض فقد أخرج البيع لأنه تمليك بعوض [٣].

---

(١) "الهبة والصدقة والهدية والعطية معانيها متقاربة وكلها تمليك في الحياة بغير عوض، واسم العطية شامل لجميعها، وكذلك الهبة والصدقة والهدية متغايران فإن النبي ﷺ كان يأكل الهدية ولا يأكل الصدقة ... فالظاهر أن من أعطى شيئاً ينوي به التقرب إلى الله فهو صدقة، ومن دفع إلى إنسان شيئاً للتقرب إليه والمحبة له فهو هدية" انظر ابن قدامة – المغني ١/ ١٣٣٣.

(٢) الفيومي، المصباح المنير مادة وهب، الدردير – أبو البركات أحمد بن محمد – الشرح الصغير على أقرب المسالك ٤/ ٥٥٧، الهروي – نور الدين – فتح باب العناية ٢/ ٤٠٩.

(٣) الحلبي: ملتقى الأبحر ١/ ٤٨٩.

وعرفها المالكية بأنها "تمليك من له التبرع ذاتاً بلا عوض تنقل شرعاً لأهل بصيغة أو ما يدل وهي بقصد ثواب الآخرة صدقة[١].

وقد خرج بقيد من له التبرع كل من لا يجوز تبرعه كالصبي والمجنون والسكران وخرج بقيد "ذاتاً" تمليك المنفعة كالإجارة.

وعرفها الشافعية بأنها التمليك بلا عوض.[٢]

أما القانون المدني الأردني فقد عرفها في المادة ٥٥٧ (بأنها تمليك مال أو حق مالي لآخر حال حياة المالك دون عوض).

المطلب الثاني: مشروعية الهبة

الهبة مظهر من مظاهر التواد والتراحم بين الناس وهي تؤدي إلى مزيد من التآلف والتعاطف وتقوية الصلات بين الأفراد، وهي نوع من أنواع التبرعات المندوبة والمستحبة كالصدقة لما فيها من ترقيق القلوب وتآلف النفوس وقد أحسن من قال:

هدايا الناس بعضهم لبعض ... تولد في القلوب الوصالا

وتزرع في الضمير هوى ووداً ... وتكسوهم إذا حضروا جمالا[٣]

وقد استدل على مشروعية الهبة من الكتاب والسنة والإجماع.

فمن الكتاب قوله تعالى: ﴿فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا﴾ [النساء: ٤].

وعموم قوله تعالى: ﴿وَافْعَلُوا الْخَيْرَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾ [الحج: ٧٧].

---

(١) الدردير: الشرح الصغير مع حاشية الصاوي ٢/ ٣١٢.

(٢) الأنصاري، أسنى المطالب ٢/ ٤٧٧. بداية المجتهد ٤/ ١٥٣.

(٣) الشيباني، تبيين المسالك ٤/ ٢٨١.

ومن السنة ورد أكثر من حديث فيه دلالة على مشروعية الهبة منها ما يلي:

ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: (يا نساء المسلمات لا تحقرن جارة لجارتها ولو فرسن شاة)[١].

وما رواه عطاء الخراساني قال: قال رسول الله ﷺ: (تصافحوا يذهب الغل وتهادوا تحابوا تذهب الشحناء)[٢].

ما رواه أنس بن مالك بقوله أهدت بريرة إلى النبي ﷺ لحماً تصدق به عليها فقال (هو لها صدقة ولنا هدية)[٣].

ومعروف لدى المسلمين أن من هديه عليه الصلاة والسلام قبوله للهدية وأكله منها وعدم قبوله للصدقة

أما الإجماع فقد ذكره العمراني[٤] بقوله "وأجمع المسلمون على استحبابها".

---

(١) صحيح مسلم – كتاب الزكاة حديث ١٠٣٠.

(٢) الإمام مالك– الموطأ– كتاب حسن الخلق حديث ١٦ واللفظ له وقال الأرنؤوط: مرسل مسند أحمد٢٠/ ٣١٤ وانظر سنن الترمذي كتاب الولاء والهبة حديث ٢١٣٠

(٣) صحيح مسلم كتاب الزكاة ح.ر. ١٧٠٤

(٤) البيان في مذهب الإمام الشافعي ٨/ ١٠٨

المطلب الثالث: أركان وشروط الهبة

ذهب الحنفية إلى أن ركن الهبة هو الصيغة فقط[١] وأما جمهور الفقهاء فقد قالوا بأن أركانها أربعة الصيغة والواهب والموهوب والموهوب له وإليك البيان:

أولاً: الصيغة "الإيجاب والقبول":

يرى الحنفية أن ركن الصيغة في الهبة هو الإيجاب من الواهب أما القبول من الموهوب له فليس بركن استحساناً، والقياس أن يكون ركناً وهو قول الإمام زفر.

وجه القياس أن الهبة تصرف شرعي يحتاج إلى إيجاب وقبول، ووجه الاستحسان أن الهبة في اللغة تتم بمجرد إيجاب المالك دون اشتراط القبول؛ لأن القبول إنما هو لثبوت حكمها لا لوجودها في نفسها، ودليل عدم توقف الهبة على القبول ما روي عن أبي بكر رضي الله عنه أنه قال لعائشة رضي الله عنها في مرض موته إني كنت نحلتك جذاذ[٢] عشرين وسقا من مالي بالعالية وإنك لم تكوني قبضتيه ولا حرزتيه، وإنما هو اليوم مال الوارث" والشاهد في قول أبي بكر أنه أطلق اسم النحل بدون القبض والنحل من ألفاظ الهبة فثبت أن الهبة في اللغة تصدق على إيجاب المالك.

لكن جمهور الفقهاء يرون أن ركن الهبة "الصيغة" لا يتحقق إلا بإيجاب من الواهب وقبول من الموهوب له كأن يقول الواهب وهبتك أو منحتك أو ملكتك هذه الدار بلا ثمن فيقول الموهوب له قبلت أو رضيت، ذلك أن الهبة عقد تمليك فاحتاج إلى إيجاب وقبول.

ويرى الحنابلة والشافعية أن الأفعال الدالة على الإيجاب والقبول كافية في تملك الموهوب له ما وهب له "فإن النبي ﷺ كان يهدي ويهدى ويعطي ويعطى ويفرق الصدقات ويأمر سعاته بتفريقها وأخذها، وكان الصحابة يفعلون ذلك ولم ينقل

---

(١) الكاساني – بدائع الصنائع ٥/ ١٧٥.

(٢) الجذاذ بضم الجيم وكسرها ما قطع من الشيء.

عنهم في ذلك إيجاب ولا قبول...

ولو كان ذلك شرطاً لنقل عنهم نقلاً مشهوراً .... وروى أبو هريرة أن النبي ﷺ كان إذا أتي بطعام سأل عنه فإن قالوا صدقة قال لأصحابه كلوا ولم يأكل، وإن قالوا هدية ضرب بيده فأكل معهم، ولا خلاف بين العلماء في أن تقديم الطعام بين يدي الضيفان إذن في الأكل لا يحتاج معه إلى قبول لوجود ما يدل على التراضي بنقل الملك[١]، وجاء في كتاب البيان[٢] "وكذلك الناس يدفعون صدقات التطوع فيقبضها المدفوع إليهم ويتصرفون فيها من غير إيجاب وقبول ولم ينكر هذا منكر فدل على أنه إجماع".

وشرط في الصيغة أن تكون منجزة فلا يصح أن يكون لفظها معلقاً على شرط يحتمل الوجود وعدمه كأن يقول الواهب إن قدم فلان من السفر وهبتك هذه الدار ولا يصح أن يكون اللفظ مضافاً إلى المستقبل كقول الواهب وهبتك هذه الدار السنة القادمة لأن الهبة تمليك العين في الحال وأنه لا يحتمل التعليق والإضافة[٣] وبكون الصيغة منجزة أخذ القانون حيث نصت المادة "٥٦٣" على ما يلي " على الرغم مما ورد في المادتين (٩٢ و ٢٥٤) من هذا القانون لا تنعقد الهبة بالوعد ولا تنعقد على مال مستقبل.".

وإذا كانت الصيغة ركناً من أركان الهبة فهل يشترط لتمامها القبض ولا يكون تملك الموهوب إلا به.

ذهب الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة[٤] إلى القول بأنه لا يتم تملك الموهوب إلا بالقبض وإن كان الحنفية فرقوا بين القبض خلال المجلس فأجازوه

---

(١) ابن قدامة – المغني ١/ ١٣٣٥.

(٢) وانظر العمراني – البيان في مذهب الإمام الشافعي ٨/ ١١٣.

(٣) الكاساني/ بدائع الصنائع ١٧٩ العمراني – البيان ٨/ ١٢٢

(٤) الهروي – فتح باب العناية ٢/ ٤٠٩، ابن قدامة – المغني ١/ ١٣٣٣، الشربيني – مغني المحتاج ٢/ ٤٣٩، ابن عبد البر – الكافي ٢/ ٤٠٣

استحساناً لأن الهبة قامت مقام الإذن في الدلالة على التمليك وبين القبض بعد المجلس فاشترطوا فيه الإذن من الواهب.

وأما المالكية وإن قالوا باشتراط القبض في الهبة إلا أنهم يرونه شرطاً لتمام العقد لا لصحته لأن العقد عندهم يصح بالإيجاب والقبول فإن تأخر الموهوب له عن قبض ما وهب إليه حتى أفلس الواهب أو مات بطلت الهبة.

وعلى القول بشرط القبض فإن الواهب بالخيار إن شاء أمضى الهبة وإن شاء رجع فيها ومنعها[١].

وذهب أهل الظاهر وأبو ثور أن القبض ليس شرطاً في الهبة لأنها إزالة ملك بغير عوض فتلزم بمجرد العقد كالوقف[٢] يقول ابن رشد: [٣]"فعمدة من لم يشترط القبض في الهبة تشبيهها بالبيع وأن الأصل في العقود أنه لا قبض مشترط في صحتها حتى يقوم الدليل على اشتراط القبض وعمدة من اشترط القبض أن ذلك مروي عن أبي بكر رضي الله عنه في حديث عائشة رضي الله عنها.. وهو نص في اشتراط القبض قبل صحة الهبة".

وبرأي جمهور الفقهاء في قبض الهبة أخذ القانون المدني الأردني حيث نصت المادة "٥٥٨" على ما يلي:

أ- "تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم بالقبض".

وقد اكتفى القانون لتمام الهبة بالإيجاب إذا كان الواهب ولي الموهوب له أو وصيه والمال الموهوب في حوزته وكذا لو كان الموهوب له صغيراً يقوم الواهب على تربيته وهذا ما جاء في نص المادة(٢/٥٥٨) ويظهر أن مستند هذا القول ما جاء في

---

(١) ابن قدامة المغني ١/ ١٣٣٣، الشربيني - مغني المحتاج ٢/ ٥٤٢

(٢) ابن قدامة - المغني ١/ ١٣٣٣.

(٣) بداية المجتهد ٤ ١٥٣ /.

كتاب المغني لابن قدامة[١] "قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الرجل إذا وهب لولده الطفل داراً بعينها... وقبضه له من نفسه وأشهد عليه أن الهبة تامة هذا قول مالك والنووي والشافعي وأصحاب الرأي".

ثانيًا: الواهب:

لما كانت الهبة نوعاً من أنواع التبرع فإنه يشترط في الواهب أن يكون أهلاً له وعليه لا تجوز هبة الصبي والمجنون والسفيه لكون التبرع ضرراً محضاً بالنسبة لهم.

وكذلك لا يجوز للأب أن يتبرع بأموال الصبي بدون عوض اتفاقاً لأنه مأمور بالتصرف الذي يعود بالنفع على المتبرع ﴿ وَلَا تَقْرَبُواْ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾ [الأنعام: ١٥٢] ولأنه لا يملك المال ابتداء فلا يجوز أن يتبرع به[٢].

وأما إذا كان تبرع الأب بمال ابنه الصغير على عوض فلا يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف خلافاً لما ذهب إليه الإمام محمد صاحب أبي حنيفة، ولهما أن كل من لا يملك فإنه لا يملك الهبة بعوض أو بغير عوض ومستند الإمام محمد فيما ذهب إليه هو أن كل من يملك البيع يملك الهبة بعوض والهبة تمليك فإذا اشترط فيها العوض كانت تمليكاً بعوض وهذا تفسير البيع[٣].

ثالثًا: الموهوب:

لكي تكون الهبة سليمة صحيحة لا بد من توافر شروط في الموهوب منها ما يلي:

١-أن يكون المال الموهوب مملوكاً للواهب وعليه فإن هبة الفضولي أو صدقته باطلة لأنه لا يجوز هبة مال الغير بغير إذنه لاستحالة تمليك ما ليس بمملوك وعلى

---

(١) المغني ١/ ١٣٣٨.

(٢) الكاساني – بدائع الصنائع ٥/ ١٧٩، ابن عبد البر – الكافي ٢/ ٤٠٩، الشربيني/ مغني المحتاج ٢/ ٥٧

(٣) الكاساني بدائع الصنائع ٥/ ١٧٩

هذا قضى الفقهاء على أنه لا يجوز للأب أو الولي هبة مال الصبي لأنهما لا يملكناه ابتداء(١).

والسؤال الذي يفرض نفسه هنا هل يعد الدين مملوكاً للدائن وهل تجوز هبته والجواب أن الفقهاء متفقون على جواز هبة الدين لمن عليه الدين(٢) غير أن المالكية يشترطون القبول لأن هبة الدين نقل للملك وهو إبراء يحتاج إلى قبول (٣) وأما الحنابلة فيرون أن التبرع بالدين إسقاط لا يحتاج إلى قبول ولا يرتد بالرد (٤).

وأما هبة الدين لغير من عليه الدين فهو جائز عند الحنفية إذا أذن له بالقبض وقبضه استحساناً لا قياساً وجه القياس أن القبض شرط جواز الهبة وما في الذمة لا يحتمل القبض ووجه الاستحسان أن ما في الذمة مقدور التسليم والقبض(٥).

وأما عند الشافعية والحنابلة فإن هبة الدين لغير من عليه الدين باطلة لعدم القدرة على التسليم(٦).

ما عليه القانون: نصت المادة ٥٥٩ على ما يلي:

لا ينفذ عقد الهبة إذا كان المال الموهوب غير مملوك للواهب ما لم يجزه المالك ويتم القبض برضاه، ونصت المادة ٥٦٠ على ما يلي:

أ-تصح هبة الدين للمدين وتعتبر إبراء.

---

(١) الكاساني – بدائع الصنائع ٥/ ١٨٠.

(٢) الكاساني – بدائع الصنائع ٥/ ١٨١، ابن عبد البر – الكافي ٢/ ٤٠٥، الشربيني – مغني المحتاج ٤/ ٥٤١ ابن قدامة – المغني ١/ ١٣٣٧.

(٣) الدردير – الشرح الصغير على أقرب المسالك ٤/ ٥٦٠.

(٤) ابن قدامة – المغني ١/ ١٣٣٦.

(٥) الكاساني – بدائع الصنائع ٥/ ١٨١، الهروي – فتح باب العناية ٢/ ٤١١.

(٦) الشربيني – مغني المحتاج ٢/ ٥٤١، ابن قدامة – المغني ١/ ١٣٣٧.

ب-تصح لغير المدين وتنفذ إذا دفع المدين الدين إلى الموهوب له.

٢-أن يكون الموهوب مالاً متقوماً فلا يجوز أن يكون الموهوب خمراً أو خنزيراً أو ميتة.

٣-أن يكون الموهوب موجوداً فلا تصح هبة ما سيوجد في المستقبل كأن يهب إنسان ما سيحصل عليه من جوائز أو ما يتملكه من أغنام وإبل مستقبلاً لأن الهبة تمليك في الحال وتمليك المعدوم محال خلافاً للوصية فإنها تمليك مضاف للمستقبل والإضافة لا تمنع جوازها[1].

٤-أن يكون الموهوب مشاعاً:

اختلف الفقهاء في هذا الشرط فذهب الحنفية إلى التفريق بين المشاع القابل للقسمة فلم يجيزوا هبته والمشاع الغير قابل للقسمة حيث أجازوا هبته.

واستدلوا للأول بإجماع الخلفاء الراشدين حيث ورد عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال مال أحدكم يتصدق على ولده بصدقة لا يحوزها ولا يقسمها يقول إن أنا مت كان له وإن مات هو رجعت إلي وأيم الله لا يتصدق منكم رجل على ولده بصدقة لم يحزها ولم يقسمها ثم مات إلا صارت إرثاً لورثته.

ولما روي عن علي رضي الله عنه أنه قال من وهب ثلث كذا أو ربع كذا لا يجوز ما لم يقسم وكل ذلك بمحضر من أصحاب رسول الله ﷺ ولم ينقل أنه أنكر عليه فيكون إجماعاً.

ولأن القبض شرط جواز هذا العقد والشيوع يمنع من القبض الذي يمكن من التصرف، والتصرف في الجزء الشائع وحده لا يتصور.

وأما استدلالهم على جواز هبة المشاع غير القابل للقسمة فكان بقولهم إن حكم

(١) الكاساني – بدائع الصنائع ٥/ ١٨٠.

الهبة الملك والشيوع لا يمنعه ولما كان بيع المشاع جائزاً فإن هبته جائزة واستدلوا كذلك بأن رسول الله ﷺ لما نزل على أبي أيوب نظر في موضع المسجد فوجده بين أسعد بن زرارة ورجلين فاستباع أسعد نصيبهما ليهب الكل إلى رسول الله ﷺ فأبيا فوهب أسعد نصيبه ووهبا نصيبهما وقبل ذلك رسول الله ﷺ ولو لم تكن هبة الشائع جائزة لما قبلها عليه الصلاة والسلام[١].

أما جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة[٢] فقد أجازوا أن يكون الموهوب مشاعاً سواء كان قابلاً للقسمة أم غير قابل لأنه لما صح بيع المشاع صحت هبته واستدلوا لهذا الرأي بأن وفد هوازن لما جاؤوا يطلبون من رسول الله ﷺ أن يرد عليهم ما غنمه منهم قال لهم " ما كان لي ولبني المطلب فهو لكم"[٣] وهذا هبة مشاع لأن النبي ﷺ والصحابة الكرام قد وهبوا لهوازن ما غنموا منهم وهو غير مقسوم.

٥- أن يكون الموهوب مملوكاً بنفسه فلا تجوز هبة المباحات لأنها غير مملوكة وتمليكها محال[٤].

٦- أن لا يكون الموهوب مجهولاً[٥] لأن ما لا يصح بيعه لا تصح هبته كما لو قال الواهب وهبتك دراً من دوري فإن هذا لا يصح.

وقال مالك تصح هبة المجهول لأنه تبرع ويعفى في التبرعات ما لا يعفى في البيوع قال الدردير[٦] "وإن كانت الهبة مجهولة جنساً أو قدراً صحت مع القبول كقول

---

(١) المصدر السابق ٥/ ١٨٢.

(٢) ابن عبد البر – الكافي ٢/ ٤٠٥، العمراني – البيان ٨/ ١١٩، ابن قدامة – المغني ١/ ١٣٣٣

(٣) أصل هذا في صحيح البخاري كتاب الهبة (٢٦٠٣)، وكتاب الوكالة (٢٣٠٧، ٢٣٠٨)

(٤) الكاساني – بدائع الصنائع ٥/ ١٨٠

(٥) الشربيني – مغني المحتاج ٤/ ٥٤١، ابن قدامة – المغني ١/ ١٣٣٦

(٦) الشرح الصغير ٤/ ٥٦١، ابن عبد البر – الكافي ٢/ ٤٠٥

الواهب وهبتك ما في يدي أو هذه الدراهم".

رابعًا: الموهوب له:

يشترط في الموهوب له ما يلي:

١- أن يكون موجوداً حقيقة عند الهبة وعليه لا تصح الهبة لجنين لم يولد ولا لمفقود[١].

٢- أن يكون أهلاً لتملك الموهوب فلا تجوز هبة المصحف لكافر[٢].

٣- أن يكون مكلفاً وتمام التكليف بالعقل والبلوغ، فإن كانت الهبة لغير مكلف كالصبي والمجنون فإن الولي أو الوصي يقوم مقامها بالقبض.

وقد ذهب الحنفية إلى جواز قبول الصبي غير البالغ لأن البلوغ ليس شرطاً في القبض استحساناً يقول الإمام الكاساني " فلا يجوز قبض المجنون والصبي الذي لا يعقل وأما البلوغ فليس شرطاً لصحة القبض استحسانا لأن قبض الهبة من التصرفات النافعة نفعاً محضاً والقياس أن البلوغ شرط لأن القبض من باب الولاية ولا ولاية للصبي على نفسه فلا يجوز قبضه للهبة كما لا يجوز بيعه"[٣].

(١) الشيباني – تبيين المسالك ٤/ ٢٨١، القليصي – أحمد – فقه المعاملات المالية ٢/ ١٤٦

(٢) الشيباني – تبيين المسالك ٤/ ٢٨١

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع ٦/ ١٩٠.

المطلب الرابع: موت الواهب أو الموهوب له قبل القبض

الفقهاء متفقون على أن تمام الهبة لا يكون إلا بالقبض وقد تناولوا مسألة موت الواهب أو الموهوب له ومدى تأثيره على صحة الهبة أو بطلانها حيث ذهب المالكية إلى التفريق بين موت الواهب وموت الموهوب له فإن مات الواهب في صحته قبل قبض الموهوب بطلت الهبة وآلت إلى ميراثه غير انه إن قال في مرضه أنفذوا ما وهبته فإن ما وهبه يكون وصية له في ثلث ماله وإن مات الموهوب له فورثته يقومون مقامه في قبض الهبة والمطالبة بها لأن القبض شرط لتمام الهبة لا لصحتها عندهم[١].

هذا وقد أخذ القانون برأي المالكية فيما يتعلق بالوصية في مرض الموت حيث نصت المادة "٥٦٥" على ما يلي:

"تسري على الهبة في مرض الموت أحكام الوصية".

وأما الشافعية فقد قالوا إن موت الواهب أو الموهوب له قبل القبض لا يفسخ العقد، ولا يبطل الهبة في الراجح عندهم، وفي هذه الحالة يحل ورثة الواهب محله في الإذن والإقباض وورثة الموهوب له في القبض وتعليل ذلك عندهم أن الهبة عقد يؤول إلى اللزوم، وأنه عقد قد تم وتنفيذه موقوف على القبض فصار كالبيع بخيار الشرط.

وللشافعية قول مرجوح وهو أن الهبة تبطل بموت أحد الطرفين الواهب أو الموهوب له لأنها عقد غير لازم فيبطل بالموت[٢].

وهذا القول المرجوح عند الشافعية هو قول الحنابلة حيث ذهبوا إلى القول

---

(١) ابن عبد البر – الكافي ٢/ ٤٠٣، الدردير – الشرح الصغير ٤/ ٥٥٨

(٢) العمراني – البيان ٨/ ١١٨، الشربيني – مغني المحتاج ٤/ ٥٤٣

ببطلان الهبة بموت أحد المتعاقدين لأنها عقد جائز فيبطل بالموت لعدم تمامه شأنه في ذلك شأن الشركة والوكالة وفي هذه الحالة يعود الموهوب إلى الواهب أو ورثته لما روي عن أم كلثوم بنت أبي سلمة قالت " لما تزوج رسول الله ﷺ أم سلمة قال لها" إني قد أهديت إلى النجاشي حلة وأوقي مسك ولا أرى النجاشي إلا قد مات ولا أرى هديتي إلا مردودة علي فإن ردت فهي لك قالت فكان ما قال رسول الله ﷺ وردت عليه هديته فأعطى كل امرأة من نسائه أوقية من مسك، وأعطى أم سلمة بقية المسك والحلة"(١)(٢).

---

(١) ابن قدامة – المغني ١/ ١٣٣٤ – البهوتي – كشاف القناع ٦/ ٢٠٨٧

(٢) إسناده حسن. انظر: ابن حجر، فتح الباري شرح صحيح البخاري، كتاب الهبة، باب إذا وهب هبة، أو وعد ثم مات قبل أن تصل.

المطلب الخامس: الرجوع عن الهبة

يرى الحنفية أن حكم الهبة هو ملك الموهوب له بغير عوض لكن ثبوت الملك عندهم غير لازم في الأصل وعليه فإن للواهب أن يرجع عن هبته ولا يصح الرجوع بعد القبض إلا بتراض أو قضاء، لأنه فسخ للعقد بعد تمامه فلا يصح بغير تراض وقضاء كالرد بالعيب في البيع.

وباشتراط الرضا أو القضاء في استرجاع الموهوب بعد القبض أخذ القانون حيث جاء في المادة ٦٥١ ما يلي

١- "إذا استعاد الواهب المال الموهوب بغير رضاء أو قضاء كان مسؤولاً عن هلاكه مهما كان سببه".

٢- أما إذا صدر حكم بالرجوع في الهبة وهلك المال في يد الموهوب له بعد إعذاره بالتسليم فإن الموهوب له يكون مسؤولاً عن الهلاك مهما كان سببه.

وقد استدل الحنفية على جواز الرجوع في الهبة وإن كانوا يرون كراهته بقوله ﷺ في الحديث الذي يرويه أبو هريرة رضي الله عنه:"الواهب أحق بهبته ما لم يثب عنها"[1] أي لم يعوض عنها. كما استدلوا بإجماع الصحابة حيث روي القول بجواز الرجوع عن عمر وعثمان وعلي وابن عمر وأبي الدرداء وغيرهم رضي الله عنهم.

وأما من المعقول فقد قالوا أن العوض المالي قد يكون مراداً من هبة الأجانب طمعاً في رد الجميل لأنه يستحب للموهوب له أن يجازي الإحسان بالإحسان والرسول ﷺ يقول (تهادوا تحابوا) والتهادي يقتضي الفعل من اثنين، وقد لا يحصل هذا الإحسان من الأجنبي فيفوت المقصود وفوات المقصود من عقد محتمل الفسخ

---

(١) البيهقي، السنن الكبرى، كتاب الهبات، ح(١٢٢٥٣)، الإمام مالك، الموطأ، كتاب الأقضية، باب القضاء في الهبة. الحديث سنده ضعيف. انظر: ابن حجر، تلخيص الحبير ٣/ ٧٣.

يمنع لزومه كالبيع لأنه يعدم الرضا والرضا كما هو شرط الصحة فهو شرط اللزوم[١] لكنهم يقولون بثبوت الملك ثبوتاً لازماً في الهبة وعندها يمتنع الرجوع لأسباب عارضة[٢].

والذي عليه جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة هو عدم جواز الرجوع في الهبة على تفاوت بينهم في مساحة عدم الرجوع حيث يرى المالكية أنه يجوز للوالدين فقط الرجوع فيما وهباه - إذ لم تكن الهبة على وجه الصدقة- للولد سواء كان صغيراً أو كبيراً ما لم يتزوج أو يتداين ديناً أو يموت ما دام الوالد حياً فإن كان ميتاً فليس للأم أن تعود على ابنها الصغير فيما وهبته له لأنها هبة ليتيم فتأخذ حكم الصدقة[٣].

جاء في الموطأ قال مالك الأمر عندنا الذي لا اختلاف فيه أن كل من تصدق على ابنه بصدقة فقبضها الابن، أو كان في حجر أبيه فأشهد على صدقته فليس له يعتصر "يرجع" شيئا من ذلك؛ لأنه لا يرجع في شيء من الصدقة[٤].

وبرأي المالكية فيما يتعلق بهبة الوالدين أخذ القانون حيث نصت المادة ٦٥٢ على أنه:

" يجوز للأب أن يسترجع من ولده ما وهبه ويجوز للأم أيضا أن تسترجع من ولدها

---

(١) الكاساني – بدائع الصنائع ٦/ ١٩٤، الهروي – فتح باب العناية ٢/ ٤١٤ (وبتصرف)

(٢) ضابط عدم الرجوع في الهبة عند الحنفية حروف (دمع خزقة) فالدال تعني الزيادة في الموهوب والميم موت الواهب، أو الموهوب له، والعين العوض، والخاء الخروج عن ملك الموهوب له والزاي الزوجية، والقاف القرابة، والهاء هلاك الموهوب، وعليه فإن توافر سبب من هذه الأسباب التي جمعتها هذه الحروف فإنه يمنع الرجوع في الهبة. انظر فتح باب العناية ٢/ ٤١٧

(٣) ابن عبد البر – الكافي ٢/ ٤٠٩، الدردير– الشرح الصغير ٤/ ٥٧٢ ابن رشد – بداية المجتهد ٤/ ١٥٤٢

(٤) الموطأ- كتاب الهبات – باب الاعتصار في الصدقة. وانظر المدني- محمد – المسائل التي بناها الإمام مالك على عمل أهل المدينة ٢/ ٩٢

ما وهبته إذا لم يكن يتيما؛ فإن كان يتيما فلا يجوز لها أن تسترجع منه ولو طرأ اليتم بعد الهبة".

وأما الشافعية فإنهم لا يرون جواز الرجوع في الهبة بعد القبض سواء كانت لذي رحم محرم أو لأجنبي لأن ملك الهبة يلزم بالقبض أما إذا وهب أحد الأبوين لولده شيئاً جاز له الرجوع سواء كان ذلك قبل القبض أم بعده، وكذا الحال إذا وهب أحد الأجداد لأب ولأم وإن علا لولد الولد وإن نزل فله أن يرجع فيه (١).

والذي عليه الحنابلة هو القول بمنع الرجوع في الهبة إلا إذا كانت من والد لولده(٢) وقد علل ابن القيم(٣) هذا الرأي بقوله "لأن الموهوب له حين قبض العين الموهوبة دخلت في ملكه وجاز له التصرف فيها فرجوع الواهب فيها انتزاع ملكه بغير رضاه وهذا باطل شرعاً وعقلاً، وأما الوالد فولده جزء منه وهو وماله لأبيه وبينهما من البعضية ما يوجب شدة الاتصال بخلاف الأجنبي".

وقد استدل جمهور الفقهاء على جواز الرجوع في الهبة إلا ما تعلق منها بالوالدين أو بذي الرحم بما يلي:

---

(١) العمران – البيان ٨/ ١٢٤.

(٢) اشترط الحنابلة وغيرهم لرجوع الوالد في هبته لولده شروطاً منها:

أ- أن يكون الموهوب باقياً في ملك الولد فإن خرج ببيع أو هبة أو وقف فلا رجوع لأنه إبطال لملك غير الولد.

ب- أن يكون الموهوب باقياً في تصرف الولد فإن قام برهنه أو أفلس فحجر عليه فإن الوالد لا يملك الرجوع لأنه يعد إبطالاً لحق الغير.

وبهذه الشروط أخذ القانون حيث نصت المادة ٦٥٣ على أنه يسقط حق كل من الأبوين في استرجاع ما وهبه لولده في الحالات الآتية:

١- إذا تغير المال الموهوب أو تصرف فيه الموهوب له تصرفاً يخرجه عن ملكه.

٢- إذا حدث تعامل مالي مع الموهوب له بسبب الهبة وكان من شأن الرجوع في الهبة الإضرار بالموهوب له أو بالغير.

(٣) يسري السيد – موسوعة الأعمال الكاملة لابن قيم الجوزية ٤/ ٦٢٤، ابن قدامة – المغني ١/ ١٣٤١.

١- بما رواه ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال (العائد في هبته كالكلب يقيء ثم يعود في قيئه)[١] يقول صاحب كشف اللثام "ولا شك أن عود الآدمي في قيئه حرام فهنا رجع الضمير للعائد في هبته، وزاد أبو داود في آخر هذا الحديث قال همام قال قتادة: ولا أعلم القيء إلا حراماً"[٢].

قال الترمذي: والعمل على هذا الحديث عند بعض أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم قالوا من وهب هبة لذي رحم فليس له أن يرجع فيه، ومن وهب هبة لغير ذي رحم محرم فله أن يرجع فيها ما لم يثب منها وهو قول الثوري"[٣].

٢- ما رواه ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهم أن النبي ﷺ قال (لا يحل لأحد أن يعطي عطية فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده)[٤].

٣- إن الأصل في الهبة حصول الأجر والثواب، فلا يجوز الرجوع فيها كصدقة التطوع.

هذا وقد رد على استدلال الحنفية بحديث (الواهب أحق بهبته ما لم يثب) بأنه حديث ضعيف[٥].

وأما الحنفية فقد ردوا على القول بمنع الرجوع في الهبة والاستدلال بحديث ابن عمر الذي ورد فيه استثناء هبة الوالد لولده وجواز الرجوع فيها بأنه محمول على الرجوع بغير قضاء ولا رضا وذلك لا يجوز إلا فيما وهب الوالد لولده فإنه يحل له

---

(١) الإمام البخاري – صحيح البخاري كتاب الهبة ح ٢٦٢١، الإمام مسلم – صحيح مسلم – كتاب الهبة ح"١٦٢٢".

(٢) السفاريني ٥/ ٧٠.

(٣) سنن الترمذي، كتاب البيوع، باب ما جاء في الرجوع في الهبة، ٣/ ٥٨٤.

(٤) الترمذي، سنن الترمذي، كتاب البيوع، ح(١٢٩٨)، البيهقي، السنن الكبرى، كتاب الهبات ح(١٢٢٤٣)، قال الترمذي: حديث حسن صحيح.

(٥) يسري السيد – موسوعة الأعمال الكاملة ابن قيم الجوزية ٤/ ٦٢٧.

أخذه من غير رضا ولا قضاء إذا احتاج إليه للإنفاق على نفسه[١].

وأما الاستدلال بحديث (العائد في هبته) فقد رد عليه بأن فعل الكلب لا يوصف بالحرمة الشرعية والتشبيه بالكلب إنما كان لاستقباح الرجوع واستقذاره لا لحرمته[٢].

وخلاصة القول في هذا المطلب أن الفقهاء - كما يقول ابن رشد[٣] - متفقون على أن الهبة إذا أريد بها الصدقة أي وجه الله تعالى فإنه لا يجوز الرجوع فيها. وأن سبب الخلاف في الرجوع في الهبة عائد إلى تعارض الآثار الواردة.

موانع الرجوع في الهبة في القانون:

نصت المادة ٦٧٩ من القانون على أنه يعتبر مانعاً من الرجوع في الهبة ما يلي:

١- إذا كانت الهبة من أحد الزوجين للآخر أو لذي رحم محرم ما لم يترتب عليها مفاضلة بين هؤلاء بلا مبرر

٢- إذا تصرف الموهوب له في المال الموهوب تصرفاً ناقلاً للملكية فإذا اقتصر التصرف على بعض المال الموهوب جاز للواهب أن يرجع في الباقي.

٣- إذا زادت العين الموهوبة زيادة متصلة ذات أهمية تزيد من قيمتها أو غير الموهوب له المال الموهوب على وجه تبدل فيه اسمه.

٤- إذا مات أحد طرفي العقد بعد قبض المال الموهوب.

٥- إذا هلك المال الموهوب في يد الموهوب له فإذا كان الهلاك جزئياً جاز الرجوع في الباقي.

(١) الكاساني - بدائع الصنائع - ٦/ ١٦٤.

(٢) الهروي - فتح باب العناية ٢/ ٤٢٥.

(٣) بداية المجتهد ٤/ ١٥٤٢.

٦- إذا كانت الهبة بعوض.

٧- إذا كانت الهبة صدقة أو لجهة من جهات البر.

٨- إذا وهب الدائن الدين للمدين.

ويلاحظ على القانون أنه أخذ بالضوابط التي وضعها الحنفية للحيلولة بين الواهب والرجوع في الهبة.

المطلب السادس: تفضيل بعض الأولاد في الهبة على بعض

أجمع الفقهاء على استحباب العدل بين الأولاد في الهبة[1]، لقوله تعالى:" إن الله يأمر بالعدل والإحسان"[2]، ولقوله ﷺ:" فاتقوا الله واعدلوا بين أولادكم"[3]، ولأن في التسوية في العطاء تأليفا للقلوب، وأما التفضيل فإنه يورث الوحشة والعداوة والنفور[4]. واختلفوا في حكم تفضيل بعضهم على بعض.

١- الذي عليه جمهور الفقهاء من الحنفية، والمالكية، والشافعية [5] هو القول بجواز التفضيل مع الكراهة لغير سبب لمخالفته السنة.

وقد استثنى الإمام مالك رضي الله عنه تخصيص واحد أو أكثر من الأولاد بجميع المال دون غيرهم فإنه يجوز[6].

وقد استدلوا لما ذهبوا إليه بما يلي:

---

(١) ابن قدامة، المغني ٥/ ٣١٨.

(٢) سورة النحل: آية (٩٠).

(٣) البخاري، صحيح البخاري، كتاب الهبة، باب الهبة للولد، ح(٢٥٨٦).

(٤) الكاساني، بدائع الصنائع ٦/ ١٩٣.

(٥) الكاساني، بدائع الصنائع ٦/ ١٩٣، الهروي، فتح باب العناية ٢/ ٤١٣، ابن رشد، بداية المجتهد ٤/ ١٥٣٥، العمراني، البيان ٨/ ١١١.

(٦) ابن رشد، بداية المجتهد ٤/ ١٥٣٥.

أ- بما رواه النعمان بن بشير رضي الله عنه أن أباه أتى به رسول الله ﷺ فقال: إني نحلت ابني هذا غلاماً، فقال:" أكل ولدك نحلت مثله؟"، قال: لا، قال:" فأرجعه"[١].

وجه الدلالة: أن قوله ﷺ " فأرجعه" دال على صحة الهبة، وإلا لما أمر بإرجاعها.

وفي رواية أن والده انطلق به يحمله إلى النبي ﷺ فقال: اشهد أني قد نحلت النعمان من مالي كذا وكذا، قال:" فكل بنيك نحلت مثل الذي نحلت النعمان؟"، قال" لا، قال: "فأشهد على هذا غيري"، قال: "أليس يسرك أن يكونوا لك في البر سواء"، قال: بلى، قال:" فلا إذا"[٢].

وجه الدلالة: فهو في قوله ﷺ "فأشهد على هذا غيري"، ولو لم تكن الهبة صحيحة لما طلب الرسول ﷺ إشهاد غيره. وأما امتناعه عليه الصلاة والسلام عن الشهادة حتى لا يصبح ذلك سنة[٣].

ب- إن أبا بكر الصديق نحل عائشة جذّاذ عشرين وسقاً من ماله دون سائر ولده[٤].

ج- إن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وهب ابنه عاصم دون عبد الله وعبيد الله وزيد[٥].

والشاهد أن هذه أفعال صحابة دالة على الجواز، ولا مخالف لهم.

---

(١) البخاري، صحيح البخاري، كتاب الهبة، باب الإشهاد في الهبة، ح(٢٣٩٨).
(٢) ابن ماجه، سنن ابن ماجه، كتاب الهبات، باب الرجل ينحل ولده، ح(٢٣٧٥)، الحديث صحيح، انظر: الإرواء للألباني ٦/ ٤٢.
(٣) العمراني، البيان ٨/ ١١١، ابن رشد، بداية المجتهد ٤/ ١٥٣٥.
(٤) الإمام مالك، الموطأ، كتاب الأقضية، باب ما لا يجوز من النحل، ح(٢٧٨٣)، عبد الرزاق، مصنف عبد الرزاق، باب النحل، ح(١٦٥١٢).وقال ابن الملقن:صحيح، البدر المنير ٧/ ١٤٤
(٥) البيهقي، سنن البيهقي، كتاب جماع عطية الرجل ولده، ح(١١٧٨٤).

د- إن الإجماع منعقد على جواز هبة الرجل جميع ماله لأجنبي، وجوازها للولد من باب أولى[١].

هـ- إن تصرف الوالد في هبته لولد تصرف في خالص ملكه، ولا حق لأحد فيه[٢].

و- إن الروايات الأخرى الواردة في حديث النعمان بن بشير رضي الله عنه والقاضية بعدم جواز التفضيل دالة على الاستحباب لا على الوجوب.

٢- وذهب الحنابلة[٣] إلى القول بتحريم تفضيل بعض الأولاد على بعض في الهبة، وهو ما ذهب إليه ابن حزم الظاهري[٤].

واستدلوا ببعض روايات حديث النعمان بن بشير التي ورد فيها قوله عليه الصلاة والسلام: " أكلهم وهبت له مثل هذا؟"، قال: لا، قال:" فلا تشهدني إذا، فإني لا أشهد على جور"[٥].

وجه الدلالة: أن الجور ظلم، والظلم حرام، والنهي يفيد التحريم، وعليه فإنه يحرم التفضيل في العطاء بين الأولاد، وتحرم الشهادة عليه تحملاً وأداء إذا علم الشاهد بذلك[٦].

ويشترك الذين أجازوا التفضيل في العطاء مع الكراهة لغير سبب، والذين منعوه بالقول بالجواز لحاجة، أو لمرض، أو كثرة عيال، أو اشتغال بالعلم، وكذلك أجازوا التفضيل إذا كان منع الآخرين لفسق، أو بعد عن الدين، أو عون الممنوع يعصي الله

---

(١) ابن رشد، بداية المجتهد ٤/ ١٣٥٣.

(٢) الهروي، فتح باب العناية ٢/ ٤١٣، الكاساني، بدائع الصنائع ٦/ ١٩٣.

(٣) ابن ضويان، منار السبيل ٢/ ٢٩.

(٤) ابن حزم، المحلى ٤/ ١٤٤.

(٥) مسلم، صحيح مسلم، كتاب الهبات، باب كراهة تفضيل بعض الأولاد في الهبة، ح(١٦٢٣).

(٦) الكرمي، غاية المنتهى ٢/ ٣٨، ابن ضويان، منار السبيل ٢/ ٢٩.

بما أخذ[١].

ويجمل ابن رشد سبب الخلاف بقوله: (فسبب الخلاف في هذه المسألة معارضة القياس للفظ النبي الوارد، وذلك أن النهي يقتضي عند الأكثر بصيغته التحريم، كما يقتضي الأمر الوجوب.

فمن ذهب إلى الجمع بين السماع والقياس حمل الحديث على الندب، أو خصصه في بعض الصور كما فعل مالك، ولا خلاف عند القائلين بالقياس أنه يجوز تخصيص عموم السنة بالقياس، وكذلك العدول بها عن ظاهرها أعني أن يعدل بلفظ النهي عن مفهوم الحظر إلى مفهوم الكراهية. وأما أهل الظاهر فلما لم يجز عندهم القياس في الشرع اعتمدوا ظاهر الحديث وقالوا بتحريم التفضيل في الهبة)[٢].

---

(١) الكاساني، بدائع الصنائع ٦/ ١٩٣، الكرمي، غاية المنتهى ٢/ ٣٨.

(٢) بداية المجتهد ٤/ ١٣٥٤.

المبحث الثاني

الوصية

المطلب الأول: الوصية لغة وشرعاً

أولاً: المعنى اللغوي للوصايا:

الوصايا في اللغة: جمع وصيّة، والوصية من الوصل، والوصل ضدّ القطع، يُقال: وَصَلَ الشيء بالشيء إذا وصله، وهذا المعنى اللغوي له صلة كبرى بالمعنى الاصطلاحي للوصية فكأنّ الموصي لمّا أوصى بالمال بعد موته، كأنّه وَصلَ ما بعد الموت بما قبله في نفوذ تصرّفه[(١)]. والإيصاء لفظ يعم الوصية والوصاية في اللغة، غير أنّ الفقهاء فرّقوا بينهما، فخصصوا الوصية بالتبرع المضاف لما بعد الموت، والوصاية بالعهد إلى الغير بالقيام بشؤون من بعده[(٢)].

ثانياً: المعنى الاصطلاحي للوصية:

عرفت الوصية في المذاهب الفقهية بتعريفات متعددة، من أشهرها: ما جاء في كتاب " التعريفات" للجرجاني الحنفي[(٣)]، وكتاب " التوفيق على مهمات التعريف " للمناوي الشافعي[(٤)]، الاتفاق على تعريف الوصيّة بأنّها: " تمليك مضاف لما بعد الموت ".

وجاء في المادة (٢٥٤) من قانون الأحوال الشخصية الأردني تعريف الوصيّة بأنّها: (تصرّف بالتركة مضاف إلى ما بعد موت الموصي)[(٥)].

وهذا التعريف للوصية الذي اختاره القانون يمتاز بشموله لكل صور الوصية

---

(١) الفيومي، المصباح المنير، مادة (وصي).
(٢) الرملي، نهاية المحتاج، (٦/ ٤٠)، الشربيني، مغني المحتاج، (٣/ ٣٩).
(٣) الجرجاني، كتاب التعريفات، ص١١١.
(٤) المناوي، التوقيف على مهمات التعاريف، ص ٣٣٨.
(٥) قانون الأحوال الشخصية الأردني لسنة٢٠١٩، المادة (٢٥٤).

(التمليكات والإسقاطات والوصية بالمنافع) [1]من خلال كلمة (تصرّف)، إذ التصرف يعني :"كل ما يصدر عن شخص بإرادته، ويرتب عليه الشرع نتائج حقوقية"[2]، وهو أعم من لفظ تمليك؛ لأن لفظ "تمليك" وفق التعريف المذكور لا يشمل صوراً من الوصايا، نحو:

١- لا يشمل الوصايا بأداء واجبات عليه كالحج والزكاة.

٢- لا يشمل الوصية بإسقاط ديونه عن الغرماء، أو إبراء الكفيل مما تكفّل به؛ لأن ذلك إسقاط وليس بتمليك.

٣- لا يشمل الوصية بتأجيل الدين عن المدين بعد حلول أجله.

٤- ولا يشمل الوصية بتقسيم تركته على ورثته بحسب أنصبائهم.

لهذا كان التعريف وفق القانون بلفظ (تصرّف) كما في المادة (٢٥٤) شاملاً لجميع أنواع الوصايا[3].

مشروعية الوصية وحكمة تشريعها :

أولاً: مشروعية الوصية:

الوصية مشروعة، وقد ثبتت مشروعيتها بآيات القرآن الكريم، وبأحاديث السنّة النبوية، وبإجماع الصحابة رضوان الله عليهم، وبالمعقول.

أولاً- القرآن الكريم: فمن القرآن الكريم:

١-يقول الله تعالى: ﴿مِّنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ تُوصُونَ بِهَآ أَوۡ دَيۡنٖۗ﴾ [النساء: ١٢].

---

(١) شموط، حسن، أحكام الوصية في الفقه الاسلامي مقارنا بقانون الأحوال الشخصية الاردني، دراسات، علوم الشريعة والقانون، مج٤٠، ع١، ٢٠١٣، ص١٨٨

(٢) الزرقا، مصطفى، المدخل الفقهي العام، (١/ ٢٨٨)

(٣) السباعي، و الصابوني، الأحوال الشخصية، ص ٢٤٠، ٢٤٦.

٢-﴿مِّنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ تُوصُونَ بِهَآ أَوۡ دَيۡنٖۗ﴾ [النساء: ١٢].

٣-﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصَىٰ بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ غَيۡرَ مُضَآرّٖۚ﴾ [النساء: ١٢].

وجه الدلالة: الله سبحانه وتعالى شرع الميراث مرتبا على الوصية ، فدل على أنها مشروعة وجائزة شرعا[١].

ثانياً: السنة النبويّة:

١. عن سعد بن أبي وقاص " رضي الله عنه "، قال: "عادني رسول الله "ﷺ "في حجة الوداع من وجعٍ أشفيت منه على الموت، فقلت: يا رسول الله، بلغني ما ترى من الوجع وأنا ذو مال ولا يرثني إلاّ ابنة لي واحدة، أفأتصدق بثلثي مالي؟ قال: لا، قلت: أفأتصدّق بشطره؟ قال: لا، قلت: الثلث، قال: الثلث والثلث كثير، إنّك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكفّفون الناس"[٢].

فهذا الحديث جوّز فيه النبيّ "ﷺ" الوصية بالثلث؛ فدلّ ذلك على مشروعيتها[٣].

٢. ثبت عن رسول الله "ﷺ" قوله: " ما حقّ امرئٍ مسلمٍ، له شيء يريد أن يوصي فيه، يبيت ليلتين إلاّ ووصيّته مكتوبةٌ عنده "[٤]. قال الشافعي رحمه الله: "معنى الحديث: ما الحزم والاحتياط للمسلم إلا أن تكون وصيته مكتوبة عنده" [٥]

ثالثاً: الإجماع: أجمع العلماء[٦] في جميع الأمصار و الأعصار على جواز الوصيّة؛ فالأمة من لدن رسول الله "ﷺ" إلى يومنا هذا يوصون من غير إنكار من أحد،

---

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، (٧/ ٣٣٠)

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الوصية، باب الوصية بالثلث، حديث رقم(١٦٢٨).

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع، (٧/ ٣٣٠)

(٤) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الوصية، حديث رقم(١٦٢٧).

(٥) النووي، شرح صحيح مسلم، (١١/ ٧٤)

(٦) الموصلي، الاختيار، (٣/ ١٩٤)، ابن قدامة، المغني، (٨/ ٣٩٠).

فيكون إجماعاً من الأمة على ذلك[١].

رابعاً: المعقول :

ومن المعقول فتشريع الوصية يعدّ محقّقاً حاجة للناس في زيادة حسناتهم، وتداركاً لما فرّطوا به في حياتهم من أعمال الخير[٢].

المطلب الثاني: حكمة مشروعية الوصية

للوصية ثمّة مقاصد في التشريع الإسلامي، من أهمّها:

١- أنّ الوصية تمكّن الإنسان من تدارك ما فاته من تقصير في ماله زيادة في حسناته[٣]؛ لقول الرسول "ﷺ": "إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلث أموالكم زيادة لكم في أعمالكم"[٤]

٢- مكافأة من أسدى إلى الموصي معروفا، وصلة الرحم وإكرام من يحبه من أقاربه غير الوارثين [٥].

٣-إكرام الجدّ حفدته الذين افتقدوا أباهم، وتعويضهم مادياً من خلال ما يوصي به الجد لهم، وهذه الحكمة هي المقصد الرئيس لتشريع الوصية الواجبة قانوناً في حال لم يوص الجدّ لهؤلاء الأحفاد [٦].

---

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، (٧/ ٣٣٠).

(٢) المرجع السابق ، الصفحة نفسها . الكاساني، بدائع الصنائع، (٧/ ٣٣٠).

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع، (٧/ ٣٣٠).

(٤) أخرجه الإمام ابن ماجه في سننه، كتاب الوصايا، باب الوصية بالثلث، حديث رقم(٢٧٠٩) وهو حديث حسن(الألباني ، إرواء الغليل، برقم(١٦٤١))

(٥) الزحيلي، ا لوصايا والوقف في الفقه الإسلامي، ص١١، محمد كمال الدين، الوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي، ص٣٤

(٦) أبو البصل، أحكام التركات في الفقه والقانون، ص٢٨٨، أبوليل، الوصايا والوقف في الشريعة الإسلامية، ص٢٥

حكم الوصية، والتصرفات التبرعية في مرض الموت:

أولاً: حكم الوصيّة:

الوصية في أصل تشريعها هي مندوبة عند جمهور الفقهاء بما فيهم المذاهب الفقهية الأربعة (الحنفية[١]، والمالكية[٢]، والشافعية[٣]، والحنابلة[٤]) واستدلوا بأنّ أكثر أصحاب رسول الله "ﷺ" لم ينقل عنهم وصية، ولم ينكر عليهم أحد، فلو كانت الوصية واجبة لم يخلّوا بذلك "رضي الله تعالى عنهم"[٥] ولكنها تجب إذا كان الموصي مدينا بدين لا بينة عليه[٦]، أو كان الموصي مودعا عنده وديعة لا بينة عليها، أو عليه واجب يوصي بالخروج منه[٧] ويرى الظاهرية[٨] وجوب الوصية للأقارب غير الوارثين، واستدلوا بقوله تعالى:﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ ﴿١٨٠﴾ ﴾ [البقرة: ١٨٠] فالآية أوجبت الوصية للوالدين والأقربين غير الوارثين ثم نسخت الوصية لهم بآيات الميراث، وبقول النبي "ﷺ": "إن الله قد أعطى كل ذي حق حقّه، فلا وصيّة لوارث"[٩] ولكن بقي حكم الوصية في الآية واجبا بحق الأقارب غير الوارثين، وردّ الجمهور على هذا الاستدلال: بأنّ الآية الكريمة منسوخة ، فبقي حكم الوصية قائماً على الاستحباب للأحاديث الواردة في استحبابها[١٠] ، وقد سبق بيانها في مشروعية

---

(١) السرخسي، المبسوط، (٢٧/ ١٤٢)، الموصلي، الاختيار، (٣/ ١٩٤)

(٢) الدردير، الشرح الصغير، (٤/ ٥٧٩)، عليش، منح الجليل، (٩/ ٥٠٤)

(٣) النووي، روضة الطالبين، (٥/ ٩٢)، الماوردي، الحاوي الكبير، (٨/ ٨٨)

(٤) ابن قدامة، المغني، (٨/ ٣٩١)، الحجاوي، الإقناع، (٣/ ١٢٩)

(٥) المصدر نفسه ، الصفحة نفسها

(٦) ابن عبدالبر، الكافي في الفقه على مذهب أهل المدينة، (٢/ ٤٤٥)

(٧) ابن قدامة، موفق الدين، المغني، (٨/ ٣٩٠ وما بعدها)

(٨) ابن حزم، المحلى، (٩/ ٣١٤).

(٩) أخرجه الترمذي في سننه، كتاب الوصايا، باب "ما جاء لا وصية لوارث" حديث رقم "٢١٢٠"، وقال عنه: حديث حسن صحيح.

(١٠) الزحيلي، الوصايا والوقف في الفقه الإسلامي، ص١١

الوصية من السنة النبوية.

والناظر في مصادر الفقه الإسلامي يجد أنّ الوصية قد تعتريها الأحكام التكليفية الأربعة غير الاستحباب، وهي: الوجوب، والحرمة، والكراهة، والإباحة، لعوارض تعرض لها.

فالوصية تكون واجبة[1]، بما وجب في ذمة الموصي من حقوق الله تعالى وحقوق العباد كأداء الزكاة، والكفارة، والوفاء بالنذر وأداء الديون وردّ الودائع.

وتكون محرّمة[2]، إن أوصى الموصي بما حرّم الشرع فِعْله كالوصية بخمر أو أن يوصي بقصد الإضرار بالورثة، ويمنعهم من أخذ نصيبهم من الميراث، لقوله تعالى: ﴿مِنۢ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَآ أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَآرٍّ﴾ [النساء: ١٢] وتكون مكروهة[3]: إن أوصى الموصي وكان ماله قليلا، وكان ورثته فقراء لا يستغنون بنصيبهم.

وتكون الوصية مباحة[4]: إن أوصى لإثبات حق للعباد كالوديعة أو الدين وكان هذا الحق ثابتا بالبينة أو بحكم الحاكم، وكذلك حكم الوصية فيما لو أوصى لصديق أو لغني لم يوصف بالصلاح ، فإن نوى في الوصية إليهما البرّ والصلة أصبحت الوصية مندوبة[5].

---

(١) ابن عابدين، رد المحتار ، (٦/ ٦٤٨) ، الدردير، الشرح الصغير، (٤/ ٥٧٩)، السباعي، مصطفى، الصابوني، عبد الرحمن، الأحوال الشخصية، ص٢٥٠

(٢) المرجع السابق، أبو البصل، أحكام التركات في الفقه والقانون، ص٩٠.

(٣) الموصلي، الاختيار، (٣/ ١٩٤)، أبو البصل، مرجع سابق، ص٨٩

(٤) أبو البصل، أحكام التركات في الفقه والقانون، ص٨٩.

(٥) ابن عابدين، رد المحتار، (٦/ ٦٤٨)، أبو البصل، ص٨٩ ، مرجع السابق، السباعي، مصطفى، الصابوني، عبد الرحمن، الأحوال الشخصية، ص٢٥٠.

ثانياً: التصرفات التبرعية في مرض الموت:

ذهب جمهور الفقهاء بمن فيهم المذاهب الفقهية الأربعة [١] إلى أنّ تصرفات المريض التبرعية في مرض موته تعتبر في حكم الوصية؛ فلا تصح بأكثر من الثلث إلاّ برضا الورثة، ولا لوارث إلاّ بإجازة الورثة، ولا تنفّذ إلا بعد موته.

واستدل الجمهور بأدلة كثيرة[٢]، منها:

أولاً: عموم قول الرسول "ﷺ": "إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلث أموالكم زيادة لكم في أعمالكم"[٣]

وجه الدلالة من الحديث: العام يبقى على عمومه حتى يرد ما يخصصه[٤]؛ وهذا الحديث عام فيشمل التصرفات التبرعية للصحيح والمريض وهي مقيدة بالثلث بمنطوق الحديث.

ثانياً: ثبت عن عمران بن الحصين (رضي الله عنه) أنّ رجلاً من الأنصار أعتق ستة أعبد له في مرضه، لا مال له غيرهم، فاستدعاه رسول الله "ﷺ"فجزأهم ثلاثة أجزاء، وأقرع بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة"[٥].

وجه الدلالة من الحديث: يدل الحديث على عدم إجازة النبي "ﷺ" لما فعله ذلك الرجل الذي أعتق كل أعبده، وهم كل ما عنده من مال، فلو أجاز ما فعله ذلك الرجل لكان ذلك إقراراً منه "ﷺ" بصحة تصرفه في كل ماله، ولما أنفذ الرسول "ﷺ"

---

(١) الموصلي، الاختيار، (٣/ ٢٠٣)، ابن عبد البر، الكافي، (٢/ ٤٣٤، الشربيني، مغني المحتاج، (٣/ ٥٠)، ابن قدامة، المغني، (٨/ ٤٧٤)

(٢) ابن قدامة، المغني، (٨/ ٤٧٤)

(٣) سبق تخريجه.

(٤) الغزالي، المستصفى، ص٢٤٣

(٥) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الأيمان، باب من أعتق شركاء له في عبد، حديث رقم(١٦٦٨).

العتق في حدوث الثلث حيث إن الرسول "ﷺ" أعتق اثنـين وأرقّ أربعة، ويلحق بهذا التصرف غيره من التصرفات التبرعية الأخرى . وبرأي جمهور الفقهاء أخذ قانون الأحوال الشخصية الأردني حيث جاء ما نصه:(التصرفات التي تصدر في مرض الموت بقصد التبرع والمحاباة تلحق بالوصية وتسري عليها أحكامها) (١)

(١) قانون الأحوال الشخصية الأردني لسنة ٢٠١٩ ، المادة ٢٥٥.

المبحث الثالث: أركان الوصية وشروطها

والمقصود بالأركان: جمع ركن، وركن الشيء (لغةً): جانبه القوي[١]، والركن (اصطلاحاً): ما يتمّ به الشيء ويكون داخلا في ماهيته[٢]، مثل: الركوع ركن من أركان الصلاة؛ لأنه داخل في ماهية الصلاة. وأمّا الشروط فهي: جمع شرط، والشرط (في اللغة): يعني العلامة[٣]، ومنه أشراط الساعة: أي علاماتها، والشرط (في الاصطلاح): ما يتمّ به الشيء ويكون خارجاً عنه[٤]، مثل: الوضوء شرط لصحة الصلاة، وهو خارج عنها، وليس بداخلٍ فيها.

والوصية عند جمهور الفقهاء (المالكية[٥]، والشافعية[٦]، والحنابلة[٧]) لها أربعة أركان وهي: الصيغة، والموصي، و الموصى له، و الموصى به.

بينما عند الحنفية لها ركن واحد وهو (الصيغة) تعني الإيجاب والقبول عند (أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد بن الحسن رحمهم الله) خلافا لزفر من تلاميذ الإمام أبي حنيفة (رحمه الله) الذي يرى أن الركن هو الإيجاب من الموصي فقط، والقبول هو شرط لزوم [٨].

وقد أخذ قانون الأحوال الشخصية الأردني برأي الامام زفر من الحنفية حيث اعتبر الركن هو الايجاب من الموصي فقط، بينما القبول هو شرط لزوم، فقد جاء ما

---

(١) المناوي، التوقيف على مهمات التعريف، ص ١٨١.
(٢) الجرجاني، كتاب التعريفات، ص ٤٩.
(٣) المرجع نفسه، ص ٥٥.
(٤) المرجع نفسه، ص ٤٩، ٥٥.
(٥) الدردير، الشرح الصغير، (٤، ٥٨٠)؛ ابن رشد الحفيد، محمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، (٢/ ٣٣٧)
(٦) النووي، روضة الطالبين، (٥/ ٩٣)؛ الرملي، نهاية المحتاج، (٦/ ٤١).
(٧) ابن قدامة، المغني، (٨/ ٤٠٧)؛ الحجاوي، الإقناع، ص ١٣٤.
(٨) الكاساني، بدائع الصنائع، (٧/ ٣٣١، ٣٣٢)، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، (٦/ ٦٥٠)

نصه:(تنعقد الوصية بالعبارة إن كان الموصي قادرا عليها وإلا بالكتابة، فإذا كان الموصي عاجزاً عنهما انعقدت بالإشارة المفهومة)[١].

المطلب الأول: الصيغة وشروطها

نتناول في هذا المبحث مكونات الصيغة (ركن الوصية)، وطرق التعبير عن إيجاب الوصية، وأحكام الوصية المطلقة والمضافة والمعلقة والمقيّدة فقها وقانونا، وماهية القبول في الوصية والأحكام الفقهية والقانونية للمسائل المتعلقة به وذلك وفق المطالب الخمس الآتية:

الفرع الأول: مكوّنات الصيغة (ركن الوصيّة)

اختلف الفقهاء في مكوّنات الصيغة هل الصيغة هي الإيجاب وحده أو الإيجاب والقبول معاً على رأيين:

الرأي الأول: ذهب جمهور الفقهاء (المالكية[٢] والشافعية[٣] والحنابلة[٤] وزفر[٥] من فقهاء الحنفية) إلى أنّ الصيغة في الوصية تتحقق في الإيجاب من الموصي فقط.

الرأي الثاني: ذهب الحنفية[٦] (أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد بن الحسن "رحمهم الله تعالى") إلى أنّ الصيغة في الوصية تتحقق في الإيجاب من الموصي، والقبول من الموصى له معاً على أن يكون بعد موت الموصي، إلاّ أنّ متأخري الحنفية لم يشترطوا القبول، بل اعتبروا عدم رد الوصية من قبل الموصى له يعتبر من قبيل القبول

---

(١) قانون الأحوال الشخصية الأردني، المادة ٢٥٦.

(٢) الدردير، الشرح الصغير (٤، ٥٨٣)؛ عليش، منح الجليل (٩/ ٥٠٧).

(٣) النووي، روضة الطالبين، (٥/ ١٣٥)؛ الرملي، نهاية المحتاج (٦/ ٦٦).

(٤) ابن قدامة، المغني، (٨/ ٤١٨)؛ الحجاوي، الإقناع، ص١٣٣.

(٥) الكاساني، بدائع الصنائع، (٧/ ٣٣١).

(٦) الكاساني، بدائع الصنائع، (٧/ ٣٣١)، الموصلي، الاختيار، (٣/ ١٩٦).

خصوصا إذا وقع اليأس عن ردّه وذلك بموته[١].

استدل أصحاب الرأي الأول لرأيهم بأن إيجاب الموصي وحده تنعقد به الوصيّة، والقبول ليس بركن، بل هو شرط لنفاذ الوصية ولزومها في ثبوت ملكية الموصى به، وفقا لقاعدة التبرعات التي يكفي في وجودها شرعاً ما يصدر من المتبرّع وحده، ولأن الموصي يستطيع أن يرجع في الوصية قبل الموت؛ لأنها تصرف غير لازم مثلها مثل رجوع الموجب عن إيجابه؛ واكتفى أصحاب هذا القول باعتبار القبول شرطاً لنفاذ الوصية ولزومها لتدخل في ملك الموصى له؛ لأنه لا يمكن أن يدخل في ملك الإنسان شيء جبراً عنه إلاّ الميراث، وحتى لا يلحق الموصى له ضرر منّة الموصي فكان قبول الموصى له شرطاً لنفاذ الوصية ولزومها لا ركناً فيها[٢].

بينما استدل أصحاب الرأي الثاني لرأيهم بأنّ الوصية من عقود التبرعات فكان لابدّ فيها من الإيجاب والقبول[٣].

ما عليه العمل في قانون الأحوال الشخصية الأردني:

والراجح ما أخذ به قانون الأحوال الشخصية الأردني وهو رأي الجمهور حيث اعتبر أنّ الوصية تصرّف ينشأ بإرادة منفردة وهو إيجاب الموصي، وجعل القبول شرطاً للزوم الوصية وثبوت ملكية الموصى له للموصى به؛ فقد جاء ما نصه: (تلزم الوصية بقبولها من الموصى له بصراحة أو دلالة بعد وفاة الموصي وترد بردها بصراحة بعد وفاة الموصي)[٤]. فلزوم الوصية لا يكون الا بعد انعقادها، فهي قد انعقدت بإيجاب الموصي، وقبول الموصى له ليس لانعقاد الوصية، بل كان القبول لثبوت

---

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، (٧/ ٣٣١)؛ الموصلي، الاختيار، (٣/ ١٩٦)؛ أبو البصل، أحكام التركات، ص ٩١، ٩٢.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، (٧/ ٣٣١)؛ الصابوني، الأحوال الشخصية، ص٢٥٦، شلبي، أحكام الوصايا، ص١٣، ١٤.

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع، (٧/ ٣٣٢)، الموصلي، الاختيار، (٣/ ١٩٦).

(٤) قانون الأحوال الشخصية الأردني لسنة٢٠١٩، المادة ٢٥٧.

انتقال ملكية الموصى به [١]

الفرع الثاني- من يملك القبول؟

حق قبول الوصية يختلف باختلاف الموصى له[٢]؛ لأنه قد يكون شخصاً أو أشخاصاً معينين، كاملي الأهلية، أو ناقصيها، أو فاقديها، وقد يكون الموصى له أشخاصاً غير معينين، وقد يكون جهة من الجهات أو المؤسسات، فمن يملك القبول عندئذ؟

وعليه: يمكن بيان الحالات الآتية للموصى له وفق النقاط التالية:

أولاً: اتّفق الفقهاء على أنّ الموصى له إذا كان شخصاً معيناً، أو أشخاصا معينين، وكانوا جميعاً كاملي الأهلية، فيستطيع كل واحد منهم أن يملك بنفسه القبول؛ لأنّ كلّ واحد منهم صاحب الولاية على نفسه[٣].

ثانياً: واتّفق الفقهاء على أنّ الموصى له إذا كان فاقد الأهلية وهو المجنون، والمعتوه، والصبي غير المميّز فلا يملك القبول؛ لأن عبارته لا اعتبار لها في الشرع، وعندئذ: يقوم وليّه مقامه في القبول والرد[٤].

وهذا ما عليه العمل في قانون الأحوال الشخصية الاردني في المادة (٢٥٩):(أ. إذا كان الموصى له جنيناً أو فاقد الأهلية يكون قبول الوصية ممن له الولاية أو الوصاية على ماله) [٥]

---

(١) شموط،حسن، أحكام الوصية في الفقه الاسلامي مقارنا بقانون الأحوال الشخصية الأردني، ص١٩٠.

(٢) شلبي، مرجع سابق، ص٢٢، الزحيلي، مرجع سابق، ص٢١، الموسوعة الفقهية (٤٣/ ٢٣١).

(٣) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، (٥/ ٤١٦)، الدردير، الشرح الصغير، (٤/ ٥٨٣)، الشربيني، مغني المحتاج، (٣/ ٥٣)، ابن قدامة، المغني، (٨/ ٤١٨).

(٤) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، (٥/ ٤١٦)، الدردير، الشرح الصغير، (٤/ ٥٨٣)، عليش، منح الجليل، (٩/ ٥٠٧)، الشربيني، مغني المحتاج، (٣/ ٥٣)، ابن قدامة، المغني، (٨/ ٤١٨).

(٥) قانون الأحوال الشخصية الأردني لسنة٢٠١٩، المادة ٢٥٩.

ثالثًا: واتفق الفقهاء أيضا على أنّ الموصى له إذا كان غير مُعيّن كالوصية للفقراء والمحتاجين، ولا يوجد من يمثلهم، فهذه الوصية لا تحتاج إلى قبول، وتلزم الوصية بموت الموصي(١).

رابعاً: واتفق الفقهاء أيضا(٢) على أنّ الموصى له إذا كان غير مُعيّن كالوصية للفقراء والمحتاجين، وهناك جهة تمثلهم ، فنحتاج إلى قبول من الجهة التي تمثلهم. وهذا ما عليه العمل في قانون الأحوال الشخصية الاردني في المادة(٢٦٠):(إذا كان الموصى لهم غير محصورين أو جهة ذات صفة اعتبارية لزمت الوصية دون توقف على القبول، سواء أكان لهم من يمثلهم قانونا أو لا) (٣).

خامسًا: اختلف الفقهاء في الموصى له إذا كان ناقص الأهلية كالقاصر (الصبي المميز)، والمحجور عليه لسفه أو غفلة، هل يملك القبول هو أو وليه المالي على رأيين، هما:

الرأي الأول: يرى جمهور الفقهاء (المالكية(٤)، والشافعية(٥)، والحنابلة(٦)) أنّ الولي هو الذي يملك القبول ويتصرّف وفق مصلحة القاصر.

والرأي الثاني: يرى الحنفية (٧) أنّ القاصر هو الذي يملك القبول وفق تقسيمهم المشهور في تصرفات القاصر حيث اعتبروا الوصية من التصرّفات المالية النافعة نفعا محضاً له فتصح منه دون إذن وليّه.

---

(١) المصادر نفسها، الصفحات نفسها.

(٢) المصادر نفسها، الصفحات نفسها.

(٣) قانون الأحوال الشخصية الأردني لسنة٢٠١٩، المادة ٢٦٠.

(٤) الدردير، الشرح الصغير، (٤/ ٥٨٣) .

(٥) الشربيني، مغني المحتاج، (٣/ ٥٣) .

(٦) ابن قدامة، المغني، (٨/ ٤١٨).

(٧) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، (٦/ ٦٥٨).

وأرجّح الرأي الأول (رأي الجمهور) بأنّ الوليّ المالي هو الذي يملك القبول، ويردّ على رأي الحنفية أنّ من الوصايا ما ضررها أكبر من نفعها، فكان لابد من الولي حيث إن تصرفاته منوطة بمصلحة القاصر المالية[١].

ما عليه العمل في القانون: جاء في قانون الأحوال الشخصية الاردني في المادة (٢٥٩):

(ج. يكون رد الوصية للجنين وناقصي الأهلية وفاقديها لمن له الولاية أو الوصاية على أموالهم بإذن المحكمة.

د. إذا لم يوجد من يقبل الوصية عن ناقصي الأهلية وفاقديها، فيكون لهم القبول والرد بعد زوال مانع القبول أو الرد.)

سادساً: اختلف الفقهاء في الموصى له إذا كان جنينا، من الذي يملك القبول عنه؟

يرى فقهاء الجمهور (المالكية [٢] والشافعية [٣] والحنابلة[٤]) أنّ الوصية للجنين تحتاج إلى القبول، ويقبل عنه من تثبت له الولاية عليه بعد ولادته؛ لأن وصيته تثبت بعد خروجه حيّا.

ويرى فقهاء الحنفية[٥] أن الوصية للجنين لا تحتاج إلى قبول أحد، لعدم وجود من يتولّى عليه حتى يقبل قبوله؛ لأن الولاية تثبت لحاجة المولّى عليه إلى العناية والنظر في أموره، والجنين ما زال في حكم جزء من أجزاء الأم وقد يولد ميتا.

ما عليه العمل في القانون: جاء في قانون الأحوال الشخصية الاردني في

---

(١) السباعي والصابوني، مرجع سابق، ص٢٩٣ بتصرف.
(٢) عليش، محمد، منح الجليل، (٩/ ٥٠٦) .
(٣) النووي، يحيى، روضة الطالبين، (٥/ ٩٦).
(٤) المقدسي، العدة، ص٢٤٨.
(٥) الموصلي، الاختيار، (٣/ ١٩٦) .

المادة(٢٥٩):

(ج. يكون رد الوصية للجنين وناقصي الأهلية وفاقديها لمن له الولاية أو الوصاية على أموالهم بإذن المحكمة.)

الفرع الثالث- وقت القبول والرد:

خصّصت هذا الفرع لبيان الوقت الذي يعتبر فيه القبول والرد، وهل تشترط الفورية في القبول؟

يرى جمهور الفقهاء(١) أنّ وقت قبول الوصية أو ردّها لا يكون إلاّ بعد وفاة الموصي مُصراً على وصيته، وعلّلوا رأيهم بأنّ الوصية من التصرفات غير اللازمة حيث يحق للموصي الرّجوع بما أوصى به، وكذلك آثار الوصية لا تكون إلا بعد الوفاة، والوصية تنشأ بإيجاب الموصي وحده، والقبول هو شرط لثبوتها ملكيتها، ولهذه الاعتبارات فلا معنى للقبول من الموصى له في حياة الموصي؛ إذ قد يرجع الموصي، ولا انتقال للملكية إلاّ بعد الوفاة، فكان وقته منحصراً بعدها(٢).

ويرى الإمام زفر(٣) (رحمه الله) وهو من فقهاء الحنفية أنّ الرد من الموصى له معتبر في حياة الموصي، فإذا ردّ الموصى له الموصى به في حياة الموصي فلا يصح فيه قبوله بعد وفاة الموصي؛ لأنه بردّه أبطل إيجاب الموصي.

والآن هل تشترط الفورية في القبول أو الردّ؟!

اتفق الفقهاء (٤) على أنه لا تشترط الفورية في القبول أو الردّ، بل على التّراخي في

---

(١) الموصلي، الاختيار، (٣/ ١٩٦) ، الدردير، الشرح الصغير، (٤/ ٥٨٣)، الشربيني، مغني المحتاج، (٣/ ٥٣)، الحجاوي، الإقناع، (ص١٣٣).

(٢) السباعي، مرجع سابق، (ص٢٩٩)، الزحيلي، مرجع سابق، (ص١٨).

(٣) الموصلي، الاختيار، (٣/ ١٩٦).

(٤) الكاساني، بدائع الصنائع، (٧/ ٣٣٣)، الدردير، الشرح الصغير، (٤/ ٥٨٣)، عليش، منح الجليل، (٩/ ٥٠٧)، الشربيني، مغني المحتاج، (٣/ ٥٣)، ابن قدامة، المغني، (٨/ ٤١٩)

أي وقت شاء؛ لأن الفورية واجبة في التصرفات المنجزة التي يشترط فيها ارتباط الإيجاب بالقبول في مجلس العقد، وليست الوصية كذلك، فهي تصنّف من العقود الزمنية (أي التي للزمن فيها أثر بيّن)[١] .

ما عليه العمل في القانون:

وبهذا الاتفاق أخذ قانون الأحوال الشخصية الأردني في المادة (٢٦١) منه ما نصّه: (أ. لا يشترط في القبول أو في الرد أن يكون فور موت الموصي. ب. إذا لم يبد الموصى له رأياً بالقبول أو الرد، واستطال الوارث أو من له تنفيذ الوصية ذلك أو خشي استطالته، فله أن يعذر إليه بواسطة المحكمة بمذكرة خطية تشتمل على تفصيل كاف عن الوصية، ويطلب إليه قبولها أو ردها، ويحدد له أجل لا يقل عن شهر، فإن لم يجب قابلاً أو راداً ولم يكن له عذر مقبول في عدم الإجابة يكون راداً لها حكما)[٢].

الفرع الرابع- التجزئة في الرد، وردّ البعض دون بعض:

نقصد بمصطلح التجزئة في الرد: أن يقبل الموصى له بعض الموصى به ، ويردّ البعض الآخر[٣]. ومثاله: أوصى رجل ببناية سكنية، وأرض زراعية، قبل الموصى له بالبناية، وردّ الأرض الزراعية.

والحكم في هذه المسألة: أنه أجاز الفقهاء[٤] للموصى له أن يقبل ما شاء ويرد ما شاء من الموصى به؛ لأنه لا يشترط موافقة القبول للإيجاب في ثبوت ملكية الموصى له للموصى به، فالموصى له يتصرف وفق ما يحقق مصلحته بشرط أن لا يوصي الموصي

---

(١) الزرقا، مرجع سابق، (١/ ٥٨١)، الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، (٤/ ٣١٠١)

(٢) قانون الأحوال الشخصية الأردني المادة (٢٦١)

(٣) السباعي، مرجع سابق، ص (٣٠٣) وما بعدها، شلبي، مرجع سابق، (ص٢١) وما بعدها، الزحيلي، مرجع سابق، (ص١٩) وما بعدها.

(٤) الموصلي، الاختيار، (٣/ ١٩٦)، المرداوي، الإنصاف، (١٧/ ٢٤٢) .

بعدم تجزئة الموصى به؛ كأن يشترط الموصي على الموصى له قبول الوصية كلها أو ردّها كلها، وبهذا أخذ القانون فجاء في المادة (٢٦٢) ما نصّه: (أ. إذا قبل الموصى له بعض الوصية ورد بعضهم الآخر، لزمت الوصية فيما قبل وبطلت فيما رد وتعود إرثا.)[١].

بقي بيان الصورة الأخرى الواردة في عنوان هذا الفرع وهي: رد البعض دون البعض وهذا لا يكون إلا إذا كانت الوصية لجماعة، فقبل بعضهم، ورد الآخرون، فتلزم الوصية بحق من قبلها، وتبطل في حق من ردّها، فإن كان فيهم من ليس من أهل التصرّف، قام وليّه مقامه في القبول والرد[٢].وبهذا أخذ القانون فجاء في المادة (٢٦٢) ما نصّه:(ب. إذا قبل بعض الموصى لهم الوصية وردها الباقون، لزمت بالنسبة لمن قبل وبطلت بالنسبة لمن رد وتعود إرثاً، وتسري أحكام هذه المادة ما لم يشترط الموصي عدم التجزئة صراحة أو فهم شرطه من سياق الوصية)[٣].

الفرع الخامس- وقت انتقال ملكية الموصى به إلى الموصى له:

أولاً: اتفق الفقهاء[٤] على أنّ الموصي إذا حدّد وقت انتقال ملكية الموصى به إلى الموصى إليه بعد وفاته، فيؤخذ بالموعد الذي حدّده الموصي؛ لأن هذه وصية مقترنة بشرط صحيح غير مخالف لمقاصد الشرع، فيعتبر الشرط ملزما، حيث أجاز الشارع للموصي أن يضيف وصيته لزمن مستقبلي بعد وفاته (كما مرّ معنا في أحوال الصيغة).

ثانياً: واتفق الفقهاء[٥] أيضا على أنّ الموصى له إذا قبل الوصية مباشرة بعد موت

---

(١) قانون الأحوال الشخصية الأردني، المادة٢٦٢/ ١.

(٢) ابن قدامة، المغني، (٨/ ٤١٨).

(٣) قانون الأحوال الشخصية الأردني، المادة٢٦٢/ ب.

(٤) ابن قدامة، المغني، (٨/ ٤٢٢ وما بعدها)، شلبي، مرجع سابق، ص٢٣، الزحيلي، الوصايا والوقف، ص٢٢.

(٥) ابن قدامة، المغني، (٨/ ٤٢٢)، شلبي، مرجع سابق، ص٢٣، الزحيلي، الوصايا والوقف، ص٢٢ .

الموصي، تلزم الوصية ويثبت ملكه لها بالوفاة مباشرة. (وهذا في حال لم يعين الموصي أجلاً معينا للانتقال).

ثالثاً: اختلف الفقهاء في وقت انتقال الملكية إذا تراخى القبول عن الوفاة على رأيين:

الرأي الأول: العبرة بوقت الموت. وبه قال الحنفية[١] والشافعية[٢] ومشهور مذهب المالكية[٣] وقول عند الحنابلة[٤]. واستدلوا لرأيهم بأنّ الموصى له يعتبر قبوله شرطاً لثبوت الملك له، وفي حال صدوره نثبت ملكيته له من وقت موت الموصي؛ ولأن الوصية انعقدت بإيجاب الموصي وحده الذي أضاف الوصية إلى وقت موته، والله تعالى يقول: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِينَ بِهَآ أَوۡ دَيۡنٖۚ﴾ [النساء: ١٢]، فلا يكون الملك للوارث من الإرث إلاّ بعد تنفيذ الوصية، والموصي نأخذ بقصده وهو إعطاء الملكية للموصى له بعد موته مباشرة وإن تأخر قبوله[٥].

والرأي الثاني: العبرة بقبول الموصى له. وبه قال المالكية[٦]، والحنابلة في الصحيح من المذهب[٧]، وبعض فقهاء الشافعية[٨] واستدلوا لرأيهم بأن ثبوت الملكية حكم، والقبول سبب، فلا يتقدّم الحكم على السبب، فتثبت الملكية بالقبول.

وبالرأي الثاني أخذ أيضاً قانون الأحوال الشخصية الأردني في المادة (٢٥٧) منه ما نصه: (تلزم الوصية بقبولها من الموصى له صراحة أو دلالة بعد وفاة الموصي، وترد

---

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، (٧/ ٣٣٣).
(٢) الشربيني، مغني المحتاج، (٣/ ٥٤).
(٣) الدردير، الشرح الصغير، (٤/ ٥٨٣).
(٤) المرداوي، الإنصاف، (١٧/ ٢٤٨).
(٥) الكاساني، بدائع الصنائع، (٧/ ٣٣٣).
(٦) الدردير، الشرح الصغير، (٤/ ٥٨٣)، الصاوي، حاشية الصاوي، (٤/ ٥٨٤).
(٧) ابن قدامة، المقنع، (١٧/ ٢٤٧)، المرداوي، الإنصاف، (١٧/ ٢٤٧).
(٨) النووي، روضة الطالبين، (٥/ ١٣٦).

بردها صراحة بعد وفاة الموصي.)[١]

المطلب الثاني: الموصي وشروطه

نصّ الفقهاء على أن يكون الموصي من أهل التبرع[٢] ؛ وهذا يقتضي بيان ذلك في المطالب الآتية:

الفرع الأول: البلوغ:

يشترط في الموصي أن يكون بالغا حتى تصح وصيته، فإن لم يكن بالغا، وما زال صبيا، فما حكم وصيته؟

أولاً: اتفق الفقهاء على أنّ وصية الصبي غير المميز باطلة[٣]؛ لأنّ عبارته ملغاة وغير معتبرة في الشرع.

ثانياً: اختلف الفقهاء في وصية الصبي المميز على رأيين هما:

الرأي الأول: ذهب الحنفية[٤] والشافعية في الأظهر[٥] عندهم إلى أن وصيته باطلة؛ لأنّ الوصية من التبرعات، والصبي ليس من أهل التبرعات، واستثنى الحنفية صحة وصيته في تجهيزه وتكفينه ودفنه.

---

(١) قانون الأحوال الشخصية الأردني، المادة ٢٥٧.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، (٧/ ٣٣٤).

(٣) الموصلي، الاختيار، (٣/ ١٩٥)، الدردير، الشرح الصغير، (٤/ ٥٨٠)، الماوردي، الحاوي الكبير، (٨/ ١٨٩)، المرداوي، الإنصاف، (١٧/ ٢٤٢).

(٤) الكاساني، بدائع الصنائع، (٧/ ٣٣٤)، الموصلي، الاختيار، (٣/ ١٩٥)، ابن عابدين، رد المحتار، (٦/ ٦٤٩).

(٥) النووي، روضة الطالبين، (٥/ ٩٣)، الماوردي، الحاوي الكبير، (٨/ ١٨٩ وما بعدها)، الشربيني، مغني المحتاج، (٣/ ٣٩).

الرأي الثاني: ذهب المالكية[(١)]، والشافعية في قول لهم[(٢)]، والحنابلة[(٣)] إلى صحة وصية الصبي المميز؛ لأنها منفعة له، ولا تضره، وقيدها المالكية بأن تكون في وجوه الخير.

والراجح هو الرأي الأول وهو بطلان وصية الصبي المميز؛ لأنه ليس من أهل التبرعات.

ويمكن مناقشة من قال: بتصحيح وصية الصبي المميز في تجهيزه وتكفينه، فهو حق ثابت في التركة أوصى به أم لم يوص فلا محل له في الوصية، وأما الاشتراط بأن تكون في وجوه الخير؛ فالصبي لم يكلف بعد؛ حتى يتدارك ما فاته من القربات.

ما عليه العمل في قانون الأحوال الشخصية الاردني: اشترط القانون أهلية التبرع وفقا للمادة (١/٢٦٩) (أ. يشترط في الموصي أن يكون أهلاً للتبرع، بالغاً عاقلاً رشيداً.) والصبي غير المميز والمميز ليسا من أهل التبرع فوصيتهما باطلة.

الفرع الثاني: العقل:

اتفق الفقهاء على أنّ وصية المجنون باطلة[(٤)]؛ لأنّ عبارته ملغاة وغير معتبرة في الشرع؛ لقول النبي "ﷺ": (رُفِعَ القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ، وعن المبتلى حتى يبرأ، وعن الصبي حتى يكبر)[(٥)]، موقف القانون:اشترط القانون أهلية

---

(١) الدردير، الشرح الصغير، (٤/ ٥٨٠)، الماوردي، الحاوي الكبير، (٨/ ١٨٩).

(٢) النووي، روضة الطالبين، (٥/ ٩٣)، الماوردي، الحاوي الكبير، (٨/ ١٨٩ وما بعدها)، الشربيني، مغني المحتاج، (٣/ ٣٩).

(٣) المرداوي، الإنصاف، (١٧/ ١٩٧)

(٤) الموصلي، الاختيار، (٣/ ١٩٥)، الدردير، الشرح الصغير، (٤/ ٥٨٠)، الماوردي، الحاوي الكبير، (٨/ ١٨٩)، المرداوي، الإنصاف، (١٧/ ٢٤٢).

(٥) أخرجه الإمام أبو داود في " سننه"، كتاب " الحدود"، باب " المجنون يسرق أو يصيب حداً"، رقم الحديث (٤٣٩٨). ورمز له الإمام السيوطي في كتابه الجامع الصغير في أحاديث البشير النذير برمز (صح)، فالحديث صحيح برقم (٤٤٦٢) (انظر: المناوي، فيض القدير شرح الجامع الصغير من أحاديث البشير النذير، (٤/ ٤٦ وما بعدها).

التبرع وفقا للمادة (١/٢٦٩) والمجنون ليس من أهل التبرع ؛لأنه من فاقدي الأهلية ؛فتعتبر وصيته باطلة.

الفرع الثالث: وصية المحجور عليه:

أجاز جمهور الفقهاء المالكية [١] والشافعية[٢] والحنابلة في الراجح عندهم[٣] وصية المحجور عليه لسفه أو غفلة ؛ لان وصيته تنفعه بعد موته وهو بحاجة إلى الثواب، ولا تعارض المحافظة أيضا على ماله حال حياته ؛لانها لا تنفذ إلا بعد موته.

وقيدها الصاحبان من الحنفية [٤] بأن تكون في وجوه الخير، بينما الإمام أبو حنيفة[٥] "رحمه الله" كان لا يرى الحجر على السفيه مطلقا فأجاز وصيته.

موقف القانون: وبرأي الجمهور أخذ القانون فجاء في المادة (٢٦٩/ب) ما نصه: (ب. إذا كان الموصي محجوراً عليه للسفه أو الغفلة جازت وصيته بإذن المحكمة)

ومن الجدير بالذكر أنّ إسلام الموصي ليس بشرط لصحة وصيته؛ إذ تصح منه[٦]، ولكن المعتبر عند الفقهاء في النظر إليه هو (ألاّ يكون الموصى له جهة معصية، وأن يكون الموصى به مشروعا) وبه أخذ القانون وفقا لمنطوق المادة(٢٧٤/أ): (أ. تصح الوصية مع اختلاف الدين أو الجنسية.)

---

(١) الدردير، الشرح الصغير، (٤/ ٥٨٠).

(٢) الماوردي، الحاوي الكبير، (٨/ ١٩٠).

(٣) المرداوي، الإنصاف، (١٧/ ١٩٧).

(٤) الكاساني، بدائع الصنائع، (٧/ ٣٣٥).

(٥) المصدر السابق، الصفحة نفسها، أبو البصل، مرجع سابق، (ص٩٦).

(٦) الكاساني، بدائع الصنائع، (٧/ ٣٣٥)، الدردير، الشرح الصغير، (٤/ ٥٨٠)، الشربيني، مغني المحتاج، (٣/ ٣٩)، المرداوي، الإنصاف، (١٧/ ١٩٥).

المطلب الثالث: شروط الموصى له وما يتعلق به من أحكام

١-**الموصى له**: هو من تبرع له الموصي بجزء من ماله بعد وفاته[١].

وفيما يلي بيان الشروط التي ذكرها الفقهاء المسلمون في الموصى له، وما عليه العمل في قانون الأحوال الشخصية الأردني:

١- أن يكون الموصى له موجوداً.

٢-أن يكون الموصى له أهلاً للتملك.

٣-أن يكون الموصى له معلوماً.

٤- ألاّ يكون الموصى له جهة معصية.

٥-ألا يكون الموصى له قاتلاً للموصي.

٦-ألاّ يكون الموصى له وارثا للموصي عند موت الموصي.

١.أن يكون موجوداً [٢]: اختلف الفقهاء في اشتراط كون الموصى له موجودًا (حين الوصية) على رأيين:

الرأي الأول: يشترط في الموصى له أن يكون موجودًا ، فإن لم يكن موجودًا لا تصح الوصية؛لأنّ الوصية للمعدوم لا تصح، وهو قول الحنفية[٣] ، والشافعية في الأصح، والحنابلة في المذهب .

وبناء على هذا الرأي: إذا قال الموصي: أوصيت بثلث مالي لما في بطن فلانة فإن كان موجودًا حال الوصية صحت الوصية وإلا فلا[٤].

---

(١) الموسوعة الفقهية، (٤٣/ ٢٣٨).
(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، (٧/ ٣٣٥).
(٣) المصدر نفسه، الصفحة نفسها.
(٤) المصدر نفسه، الصفحة نفسها.

الرأي الثاني : ذهب المالكية[١] إلى أنه لا يشترط في صحة الوصية كون الموصى له موجودًا حال الوصية وعلى ذلك تصح الوصية لمن سيكون من حمل موجود أو سيوجد فيستحقه إن استهل صارخًا.

٢. أن يكون الموصى له أهلًا للتملك[٢]:

لا خلاف بين الفقهاء في أنه يشترط أن يكون الموصى له المعين حال الوصية أهلًا للتملك[٣].

ومن المسائل المتفرعة عن هذا الشرط مسائل كثيرة[٤]، نذكر منها مسألتين:
المسألة الأولى: الوصية للميت.

أولاً: اتفق الفقهاء على أنه إذا أوصى لميت ولا يعلم الموصي حين الوصية أنه ميت؛ فإنّ الوصية باطلة؛ لأنه ليس من أهل التملك[٥].

ثانيا: أمّا إذا علم الموصي حال الوصية أن الموصى له ميت فقد أبطلها أيضا الجمهور[٦]، خلافاً للمالكية الذين أجازوا الوصية إن علم أنّه ميّت، وهي لورثته بعد وفاء ديونه، وتنفيذ وصاياه؛ لأن غرض الموصي نفعه بها فأشبه ما لو كان حيّا، فإن لم يكن عليه دين ولا وارث له بطلت الوصية ولا يأخذها بيت المال[٧].

وقد أخذ القانون الأردني برأي الجمهور حيث نص في المادة (٢٧١): (تصح الوصية لشخص معين أكان موجوداً أو منتظر الوجود، وتصح لفئة محصورة أو غير

---

(١) الدردير، الشرح الصغير، (٤/ ٥٨١ وما بعدها).
(٢) الدردير، الشرح الصغير، (٤/ ٥٨١).
(٣) الموسوعة الفقهية، (٤٣/ ٢٣٩).
(٤) الموسوعة الفقهية، (٤٣/ ٢٣٨).
(٥) ابن قدامة، المغني، (٨/ ٤١٣) .
(٦) الموسوعة الفقهية، (٤٣/ ٢٣٨) .
(٧) الدردير، الشرح الصغير، (٤/ ٥٨١).

محصورة، وتصح لوجوه البر والمؤسسات الخيرية والعلمية والهيئات العامة).

المسألة الثانية: الوصية للحمل:

أولاً: اتفق الفقهاء[١] على صحة الوصية للحمل إن كان موجودًا حال الوصية؛ لأن الحمل يرث والوصية كالميراث.

ثانياً: وذهب المالكية[٢] إلى صحة الوصية للحمل مطلقا، فقالوا: تصح للموصى له، سواء أكان موجودًا حين الوصية، أم منتظر الوجود كالحمل، وتصح لمن سيكون من حمل موجود أو سيوجد إن استهل صارخًا ونحوه، مما يدل على تحقق حياته.

وقد أخذ القانون الأردني براي الجمهور وفقا لمنطوق المادة السابقة (٢٧١).

٣-**أن يكون الموصى له معلوما غير مجهول**[٣]: يتحقق هذا الشرط بتعيين الموصى له بذكر اسمه أو صفة مميزة له عن غيره ؛وبناء على هذا الشرط يجب أن لا يكون الموصى له مجهولا جهالة فاحشة لا يمكن استدراكها كما لو قال الموصي:أوصيت بثلث مالي لواحد من الناس فالوصية باطلة.

واجتهد الفقهاء في تصحيح الوصية إن كان بالإمكان تدارك الوصية بإزالة الجهالة[٤].

ومثال ذلك: أن يقول الموصي: أوصيت بثلث مالي لأحد هذين الرجلين ثم مات

---

(١) الموصلي، الاختيار، (٣/ ١٩٦)، الدردير، الشرح الصغير، (٤/ ٥٨١)، الرملي، نهاية المحتاج، (٦/ ٤٤)، ابن قدامة، المغني، (٨/ ٤٥٦).

(٢) الدردير، الشرح الصغير، (٤/ ٥٨١)، عليش، منح الجليل، (٩/ ٥٠٥ وما بعدها).

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع، (٧/ ٣٣٦)، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، (٦/ ٦٤٩) الشربيني، مغني المحتاج، (٣/ ٤٠) .

(٤) أبو البصل، مرجع سابق، ص٩٨.

ولم يعين إحداهما فيرى جمهور الفقهاء من (شافعية[١] وحنابلة[٢] وأبي حنيفة[٣]): الوصية باطلة للجهالة الفاحشة.

ويرى الصاحبان من الحنفية [٤]: الوصية صحيحة، لكن اختلفا في كيفية تصحيحها على النحو الآتي: يرى أبو يوسف تقسيم المال بينهما مناصفة؛ لأنّ الوصية منحصرة فيهما ولا مرجّح فيقسم بينهما، بينما يرى محمد أن يقوم الورثة بتعيين أحدهما قياساً على خيار التعيين.

ما عليه العمل في القانون: اشترط قانون الأحوال الشخصية الأردني في الموصى له أن يكون معلوماً وفقاً لمنطوق المادة (٢٧٠/أ).

٤-ألاّ يكون الموصى له جهة معصية[٥]:

يشترط في الجهة الموصى لها ألاّ تكون جهة معصية، بل يجب أن تكون جهة مباحة كجهة الخير والبر؛ بقصد التقرب إلى الله تعالى ، تداركاً لما فات الإنسان من أعمال الخير والبر، وتحقيقاً للغرض الذي من أجله شرعت الوصية. وبناء على ما سبق:

١-اتفق الفقهاء[٦] على صحة الوصية في حالة أن شخصاً أوصى لجهة من جهات الخير والقربة فى جميع الشرائع السماوية ، سواء كان الموصي مسلماً أم غير مسلم،

---

(١) الشربيني، مغني المحتاج، (٣/ ٤٠).

(٢) المرداوي، الإنصاف، (١٧/ ٢٩٩).

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع، (٧/ ٣٣٦)، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، (٦/ ٦٤٩).

(٤) المصدران السابقان، الصفحات نفسها.

(٥) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، (٦/ ٦٩٦)، الدردير، الشرح الصغير، (٤/ ٥٨٥)، الشربيني، مغني المحتاج، (٣/ ٤٠)، ابن قدامة، المغني، (٨/ ٥١٣)

(٦) الكاساني، بدائع الصنائع، (٧/ ٣٤١)، الدردير، الشرح الصغير، (٤/ ٥٨٥) ، الشربيني، مغني المحتاج، (٣/ ٤٠)، ابن قدامة، المغني، (٨/ ٥١٣)

ومثال ذلك: الوصية للفقراء والمساكين (فقراء المسلمين أو فقراء أهل الذمة)، ولإقامة المستشفيات، وما شابهما من جهات الخير.

٢-واتفق الفقهاء أيضاً[١] على بطلان الوصية في حالة أن شخصاً أوصى لجهة محرمة فى جميع الشرائع السماوية، سواء كان الموصي مسلماً أم غير مسلم ، ومثال ذلك الوصية لدور الفسق ، وأندية القمار ، ونشر كتب الإلحاد .

٣-واتفق الفقهاء أيضا [٢]على بطلان الوصية في حالة أن مسلماً أوصى لجهة ليست قربة في شريعتنا الإسلامية، وإن كانت قربة في الشرائع الأخرى ومثال ذلك: إذا أوصى المسلم ببناء كنيسة أو بيعة.

واختلف الفقهاء فيما عدا الحالات الثلاث السابقة على النحو الآتي:

الأولى: وصية غير المسلم بما هو قربة فى الشريعة الإسلامية، وليس قربة فى شريعته، ومثال ذلك: وصيته ببناء مسجد، فهي صحيحة عند الجمهور [٣] خلافا للحنفية[٤] الذين يرون بطلانها .

فمستند الجمهور على صحة الوصية في هذه الحالة: أن المعتبر فيما يعد قربة هو شريعتنا، ومستند الحنفية على بطلان الوصية في هذه الحالة: لأن شريعة غير المسلم لا تجيز مثل هذه الوصية، ولا تعتبرها قربة، فكان مستهزئا في وصيته[٥].

الثانية: وصية غير المسلم بما هو قربة فى شريعته، وليس قربة فى شريعتنا،

---

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، (٧/ ٣٤١)، الدردير، الشرح الصغير، (٤/ ٥٨٥) ، الشربيني، مغني المحتاج، (٣/ ٤٠)، ابن قدامة، المغني، (٨/ ٥١٢)

(٢) المصادر نفسها، الصفحات نفسها

(٣) الدردير، الشرح الصغير، (٤/ ٥٨٥)، الشربيني، مغني المحتاج، (٣/ ٤٠)، ابن قدامة، المغني، (٨/ ٥١٢).

(٤) الكاساني، بدائع الصنائع، (٧/ ٣٤١) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، (٦/ ٦٩٦).

(٥) الكاساني، بدائع الصنائع، (٧/ ٣٤١).

ومثال ذلك: وصيته ببناء كنيسة أو بيعة، فذهب الإمام أبو حنيفة [١] إلى صحة الوصية، خلافاً (للجمهور[٢] بمن فيهم أبي يوسف ومحمد[٣]) الذين يرون بطلانها؛ فمستند أبي حنيفة على صحة الوصية في هذه الحالة هو: أنّ المعتبر فيما يعد قربة هو شريعته ، وقد أمرنا أن نتركهم وما يدينون، ومستند الجمهور على بطلان الوصية في هذه الحالة: أن المعتبر فيما يعد قربة هو شريعتنا ، وبناء الكنيسة والبيعة ليست قربة في شريعتنا الإسلامية.

وهذا الشرط نص عليه القانون صراحة في المادة (٢٧٨) :(يشترط في صحة الوصية ألا تكون في معصية أو في منهي عنه شرعاً)

٥-ألاّ يكون الموصى له قاتلاً للموصي:

تفاوتت آراء المذاهب الفقهية في اشتراط أن لا يكون الموصى له قاتلا للموصي على النحو الآتي:

أولاً: ذهب الحنفية [٤] والحنابلة في المذهب[٥] إلى أنه يشترط في الموصى له أن لا يكون قاتلًا للموصي؛ ولا يفرق الحنفية بين ما إذا كانت الوصية قبل الجراحة أو بعدها[٦] فإن القاتل لا يستحق الوصية ، ولو أوصى له الموصي بعد الجرح، بينما الحنابلة[٧] قالوا : إن جرحه ثم أوصى له فمات من الجرح لم تبطل وصيته؛ لأنها

---

(١) المصدر نفسه، الصفحة نفسها.

(٢) الدردير، الشرح الصغير، (٤/ ٥٨٥)، الشربيني، مغني المحتاج، (٣/ ٤٣)، ابن قدامة، المغني، (٨/ ٥١٣).

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع، (٧/ ٣٤١).

(٤) الكاساني، بدائع الصنائع، (٧/ ٣٣٩)، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، (٦/ ٦٥٥).

(٥) المرداوي، الإنصاف، (١٧/ ٣٠٠)، ابن قدامة، موفق الدين، المقنع، (١٧/ ٣٠٠).

(٦) السرخسي، المبسوط، (٢٧/ ١٧٦).

(٧) المرداوي، الإنصاف، (١٧/ ٣٠١)، ابن قدامة، موفق الدين، المقنع، (١٧/ ٣٠٠).

صدرت من أهلها في محلها ولم يطرأ عليها ما يبطلها، بخلاف ما إذا تقدمت فإن القتل طرأ عليها فأبطلها.

ومستند الحنفية [١] والحنابلة[٢] هو: أنّ القتل يمنع الميراث الذي هو آكد من الوصية، فالوصية أولى بالمنع، ومعاملة له بنقيض قصده، لقاعدة : (من استعجل شيئًا قبل أوانه عوقب بحرمانه).

ثانياً: ذهب المالكية [٣]إلى أن القتل يبطل الوصية إذا وقع بعدها كما قال الحنفية والحنابلة في المذهب إلاّ أنّه استثنى حالة مفادها[٤]: أنه إذا وقع القتل قبل الوصية، ثم أوصى الموصي (وهو في جرحه قبل موته) للقاتل ، أو كان قد أوصى له ، وبقي الموصي مصراً على وصيته ، وهو يعلم أنه قاتل، ففي هذة الحالة يأخذ القاتل الوصية، تحقيقا لرغبة الموصي .

ثالثاً: وذهب الشافعية[٥] في القول الأظهر عندهم إلى صحة الوصية للقاتل، قياسا على الهبة، والهبة تصح للقاتل ، بجامع أنّ كلاًّ من الهبة والوصية من التمليكات.

٦ -يشترط لنفاذ الوصية ألاّ يكون وارثاً للموصي عند موت الموصي:

اتفق الفقهاء[٦] على أنه يشترط لنفاذ الوصية ألا يكون الموصى له وارثًا للموصي عند موت الموصي، لقوله ﷺ "إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه ، فلا وصية لوارث"، والعبرة بكونه وارثًا بالاتفاق هو وقت موت الموصي، لا وقت إنشاء

---

(١) السرخسي، المبسوط، (٢٧/ ١٧٧)، الكاساني، بدائع الصنائع، (٧/ ٣٤١).

(٢) ابن قدامة، شمس الدين، الشرح الكبير، (١٧/ ٣٠١).

(٣) ابن عبد البر، الكافي، ص٤٣٥، عليش، منح الجليل، (٩/ ٥١١ وما بعدها).

(٤) المصدر نفسه، الصفحة نفسها.

(٥) الشربيني، مغني المحتاج، (٣/ ٤٣)، الرملي، نهاية المحتاج، (٦/ ٤٩).

(٦) الكاساني، بدائع الصنائع، (٧/ ٣٣٧)، عليش، منح الجليل، (٩/ ٥١٣)، الشربيني، مغني المحتاج، (٣/ ٤٣)، ابن قدامة، المغني، (٨/ ٣٩٦).

الوصية، لأن الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت، وحكمه يثبت بعد الموت، فلو كان غير وارث عند الوصية، كأخ مع وجود ابن، ثم صار وارثًا بأمر حادث عند الموت كأن مات الابن، صارت الوصية موقوفة، ولو كان وارثًا عند إنشاء الوصية، ثم أصبح عند الموت غير وارث، بسبب حجبه مثلًا، كأن أوصى لأخ ولا ولد له، ثم ولد له، نفذت الوصية؛ لأن العبرة في الإرث وعدمه هو وقت وفاة الموصي، ولأن هذا الوقت هو أوان ثبوت حكم الوصية الذي هو ثبوت ملك الموصى به.

والحكمة من اشتراط هذا الشرط: هي أنّ الوصية للوارث فيهاإيثار بعض الورثة على بعض من غير رضا الآخرين ضررًا يؤدي إلى الشقاق والنزاع، وقطع الرحم وإثارة البغضاء والحسد بين الورثة[١].

فإن أجاز بقية الورثة فقد اختلف الفقهاء في صحة الوصية، على رأيين، هما:

الرأي الأول: ذهب جمهور الفقهاء (الحنفية[٢] والشافعية في الأظهر[٣] والحنابلة في المذهب[٤]) إلى أن الوصية صحيحة موقوفة على إجازة بقية الورثة لحديث "لا تجوزوصية لوارث إلا أن يشاء الورثة" [٥] ؛فإجازة الورثة تنفيذ، والاستثناء من النفي إثبات، فيكون ذلك دليلاً على صحة الوصية عند الإجازة[٦]، وإن أجازها بعضهم دون بعض، نفذت في حصة المجيز، وبطلت في حق من لم يجز لولاية المجيز على نفسه دون غيره[٧].

---

(١) ابن قدامة، المغني، (٨/ ٣٩٦).

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، (٧/ ٣٣٧).

(٣) الشربيني، مغني المحتاج، (٣/ ٤٣).

(٤) ابن قدامة، المغني، (٨/ ٣٩٦).

(٥) أخرجه الدارقطني في سننه، برقم (٤٢٥١)، وحسنه الحافظ ابن حجر في التلخيص الحبير(٣/ ٩٢).

(٦) ابن قدامة، المغني، (٨/ ٣٩٦).

(٧) المصدر نفسه، الصفحة نفسها.

الرأي الثاني: ذهب المالكية في الراجح عندهم [١]والظاهرية[٢] إلى أنّ الوصية باطلة، وإن أجازها الورثة لحديث "لا وصية لوارث"[٣]، والباطل لا يقبل الإجازة، فإن أجاز الورثة ما أوصى به للوارث، فهبة مبتدأة منهم، لا تنفيذ لوصية الموصي، فلا بد من قبول الموصى له ثانيا بعد الإجازة وأما القبول الأول فهو كالعدم[٤].

واشترط الفقهاء لصحة الإجازة شروطا[٥]. وهي:

الأول: أن يكون المجيز جائز التصرف (من أهل التبرع): بأن يكون بالغًا عاقلًا، غير محجور عليه .

الثاني: أن لا يكون المجيز مريضا مرض الموت؛ لأنّ الإجازة وقتئذ تأخذ حكم الوصية كما مر معنا .

الثالث: أن تكون الإجازة بعد موت الموصي عند جمهور الفقهاء، فلا عبرة بإجازة الورثة حال حياة الموصي، فلو أجازوها حال حياته، ثم ردوها بعد وفاته، صح الرد وبطلت الوصية.

الرابع: أن لا يكون المجيز معذورًا بكونه في نفقة الموصى أو عليه دين له أو خائف من سطوته.

الخامس: أن لا يكون المجيز ممن يجهل أن له الرد والإجازة.

---

(١) الدردير، الشرح الصغير، (٤/ ٥٨٥ وما بعدها)، عليش، منح الجليل، (٩/ ٥١٣).

(٢) ابن حزم، المحلى، (٩/ ٣١٧).

(٣)أخرجه الترمذي في سننه، كتاب الوصايا، باب "ما جاء لا وصية لوارث"حديث رقم"٢١٢٠"، وقال عنه: حديث حسن صحيح.

(٤)الشربيني، مغني المحتاج، (٣/ ٤٣)، ابن قدامة، المغني، (٨/ ٣٩٦)، الموسوعة الفقهية (٤٣/ ٢٤٧).

(٥)السرخسي، المبسوط، (١٥٣ وما بعدها)، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، (٦/ ٦٥٦، ٦٥١)، عليش، منح الجليل، (٩/ ٥١٤)، الشربيني، مغني المحتاج، (٣/ ٤٤)، ابن قدامة، المغني، (٨/ ٤٠٥-٤٠٧).

أخذ القانون بهذا الشرط في المادة (٢٧٤) حيث جاء فيها ما نصه:

(ب. تنفذ الوصية في حدود ثلث التركة لغير الوارث، أما ما زاد عن ذلك فلا تنفذ فيه الوصية إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي.

ج. لا تنفذ الوصية للوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي.)[1].

من خلال المادة نلحظ أنّ القانون أخذ برأي الجمهور في اعتبار هذا الشرط شرط نفاذ خلافاً للمالكية .

المطلب الرابع: شروط الموصى به وما يتعلق به من أحكام

الموصى به: هو محل الوصية، وموضوع التصرف فيها، كالمبيع في عقد البيع [2].

وفيما يلي بيان الشروط التي ذكرها الفقهاء المسلمون في الموصى به، وما عليه العمل في قانون الأحوال الشخصية الأردني، وما يتعلق به من أحكام:

١ ـ أن يكون مالاً يجوز فيه الإرث أو يصلح أن يكون محلاً للتعاقد حال الحياة وهو يشمل[3]:

أ- الأموال المحوزة بكل أنواعها: من العقارات أو المنقولات.

ب- الحقوق المالية أو الملحقة بالمال: كدين ثابت في الذمة أو حق في دية.

جـ- الحقوق العينية: كحقوق الارتفاق من الشرب والمرور والسيل.

د- والمنافع: كسكنى الدار وركوب السيارة.

إذن الموصى به يجب أن يكون مالا أو متعلقا بالمال؛ لأنّ الوصية إيجاب الملك،

---

(١) قانون الأحوال الشخصية الأردني.

(٢) أبو البصل، مرجع سابق، ص١٠٣.

(٣) شلبي، مرجع سابق، ص٥٧ وما بعدها.

أو إيجاب ما يتعلق بالملك، وعليه: فلا تصح الوصية بالميتة والدم وجلد الميتة قبل الدباغ ؛ لأنها ليست مالاً أصلاً [١].

٢ ـ أن يكون مالاً متقوماً [٢]: بمعنى أذن الشارع في الانتفاع به شرعاً في الأحوال العادية، كان ذا قيمة مادية في عرف الناس؛ وذلك لأن المال غير المتقوم لا يصح أن يكون محلاً للتصرف: فلا تصح وصية المسلم بالخمر أو الخنزير لأنها غير متقومة شرعا، أو بحبة أرز ؛لأنها ليست بذات قيمة مادية في عرف الناس، ويلحق بهذا الشرط ما لا يجوز اقتناؤه من المزامير وأدوات اللهو المحرم، وآنية الذهب والفضة. وهذا الشرط اخذ به القانون وفقا للمادة (٢٧٧) حيث جاء ما نصه (أ. تجوز الوصية إذا كان الموصى به مالاً معلوماً متقوماً مملوكاً للموصي شائعاً أو معيناً أو منفعة.) [٣].

٣- أن يكون الموصى به موجوداً في ملك الموصي وقت الوصية، فإذا كان الموصى به معيناً بالذات (وهذا الشرط خاص بأعيان الأموال دون المنافع) [٤]: ومثال هذا الشرط: قول الموصي: أوصيت بسيارتي هذه لفلان، أو أوصيت بمزرعتي هذه لفلان.

فيشترط أن يكون موجوداً؛ لأن تعيينه يعني أنه مملوك للموصي يستطيع نقل ملكيته فيه إلى غيره، فإن لم يكن مملوكاً له كان تصرفه فيما لا يملك باطلا عند جمهور الفقهاء، حتى لو ملكه بعد الوصية فيلزمه إنشاء الوصية من جديد ، خلافا لرأي الحنفية الذين اعتبروا الوصية فموقوفة على إجازة المالك الأصلي: تطبق عليه تصرفات الفضولي .

---

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، (٧/ ٣٥٢).

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، (٧/ ٣٥٢).

(٣) قانون الأحوال الشخصية الأردني، المادة (٢٧٧).

(٤) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، (٦/ ٦٤٩)، شلبي، مرجع سابق، ص٥٩.

وأمّا إذا كان الموصى به غير معين بالذات فلا يشترط وجوده في ملك الموصي وقت الوصية، بل يكتفى بوجوده في ملك الموصي عند وفاته، فلو مات الموصي وليس في ملكه الموصى به بطلت الوصية[١].

وهذا الشرط اخذ به القانون وفقا للمادة السابقة (٢٧٧) .

٤ـ يشترط لنفاذ الوصية أن لا يزيد الموصى به عن ثلث المال[٢]: لقول النبي ﷺ: " الثلث والثلث كثير"[٣]، وذلك بعد إخراج النفقات المتعلقة بتجهيز الميت وقضاء ديونه.

وبناء على هذا الشرط:

فلو أوصى بثلث ماله كانت الوصية صحيحة نافذة لا تتوقف على رضى الورثة [٤]

لكن إن أوصى بأكثر من الثلث فما الحكم؟

فهناك حالتان ذكرهما الفقهاء المسلمون في الإجابة على هذ السؤال:

الحالة الأولى: إذا كان للموصى ورثة فقد اختلف الفقهاء في ذلك على رأيين:

الرأي الأول: ذهب جمهور الفقهاء (الحنفية[٥] والحنابلة[٦] وفي الراجح عند الشافعية[٧]) إلى أنّ : الوصية بالزائد عن الثلث صحيحة ولكنها موقوفة على إجازة

---

(١) السرخسي، المبسوط، (٢٧/ ١٦٠).

(٢) الدردير، الشرح الصغير، (٤/ ٥٨٥ وما بعدها)، الشربيني، مغني المحتاج، (٣/ ٤٧)، ابن قدامة، المغني، (٨/ ٤٠٤) .

(٣) سبق تخريجه في الصفحة التاسعة والثلاثين بعد المائة.

(٤) ابن قدامة، المغني، (٨/ ٤٠٤) .

(٥) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، (٦/ ٦٥٢).

(٦) ابن قدامة، المغني، (٨/ ٤٠٤).

(٧) الشربيني، مغني المحتاج، (٣/ ٤٧).

الورثة، فإذا أجازوها نفذت، وإن لم يجيزوها بطلت؛ (لأنّ كل تصرف وقع موقوفا وليس هناك من مجيز وقع التصرف باطلاً)، وإن أجازها البعض وردها البعض صحت في حق المجيز، وبطلت في حق من رد، واستدلوا على رأيهم هذا بحديث: " إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس "[١]؛ فعلل المنع بحق الورثة، فإن أجازوا الوصية معناه أنهم تنازلوا عن حقهم ورضوا بالزائد عن الثلث، فتصح عندئذ الوصية بالزائد عن الثلث.

الرأي الثاني: للمالكية[٢] والظاهرية[٣] قالوا : إنّ الوصية بالزائد عن الثلث باطلة ولو أجازها الورثة؛ لأن إجازتهم لها لا تصححها، واستدلوا بنهي النبي ﷺ سعداً عن الوصية بما زاد عن الثلث[٤].

نلحظ أن الاختلاف الفقهي بين الرأيين في هذه الحالة يذكرنا باختلاف الفقهاء في شرط أن لا يكون الموصى له وارثا، وهل إجازتهم تنفيذ أم هبة مبتدأة[٥]، وحتى شروط الإجازة هي نفسها .

وبالرأي الأول اخذ القانون فجاء في المادة(٢٧٤/ب) ما نصه :(تنفذ الوصية في حدود ثلث التركة لغير الوارث)[٦].

الحالة الثانية: إذا لم يكن للموصى ورثة فقد اختلف الفقهاء أيضا على رأيين:

الرأي الأول: للحنفية[٧] والحنابلة[٨] ذهبوا إلى جواز الوصية في هذه الحالة ولو

---

(١) سبق تخريجه في الصفحة .
(٢) الدردير، الشرح الصغير، (٤/ ٥٨٥ وما بعدها)، عليش، منح الجليل، (٩/ ٥١٣).
(٣) ابن حزم، المحلى، (٩/ ٣١٧).
(٤) سبق تخريجه في الصفحة التاسعة والثلاثين بعد المائة.
(٥) ابن قدامة، المغني، (٨/ ٤٠٤).
(٦) قانون الأحوال الشخصية الأردني.
(٧) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، (٦/ ٦٥٢).
(٨) ابن قدامة، المغني، (٨/ ٤٠٤).

أوصى بكل ماله؛ لأن منع الزيادة على الثلث كان لحق الورثة ، وهنا لا وارث، و كما يقول علماء أصول الفقه إذا انتفى المانع ثبت الحكم .

الرأي الثاني: للمالكية[١] والشافعية[٢] والظاهرية[٣] قالوا : ببطلان الوصية في القدر الزائد عن الثلث؛ لأن بيت مال المسلمين يستحقه في هذه الحالة ، ولكل المسلمين الحق فيه، ولا يملك أحد التنازل عنه ؛ لما فيها من الضرر على المسلمين. وهذا هو الراجح؛ لما فيه من إعمال تقييد الوصية بالثلث، وما زاد يرجع إلى بيت مال المسلمين فيتصرف فيه الحاكم وفق ما يراه محققا للمصلحة.

ما عليه العمل في القانون:

لم يجز الوصية بأكثر من الثلث ولو لم يكن هناك وارث، لكنه جعل الباقي من التركة بعد إخراج الثلث الى وزارة الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية حيث جاء في المادة (٢٨٤) ما نصّه:(إذا لم يوجد وارث للميت ترد تركته المنقولة وغير المنقولة إلى وزارة الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية.)[٤]

المطلب الخامس: الوصية بالمنافع

سنتعرف في هذا المطلب على صورة الوصية بالمنافع فما صورتها ؟ وما حكمها؟

الفرع الأول: صورة الوصية بالمنافع:

أن يوصي الموصي إلى الموصى له بالفائدة المقصودة من الأعيان كركوب السيارة، أو سكنى الدار، أو بالعائد المالي لكل منهما، أو بثمار مزرعة.

---

(١) الدردير، الشرح الصغير، (٤/ ٥٨٥ وما بعدها)، عليش، منح الجليل، (٩/ ٥١٣).
(٢) الشربيني، مغني المحتاج، (٣/ ٤٧).
(٣) ابن حزم، المحلى، (٩/ ٣١٧).
(٤) قانون الأحوال الشخصية الأردني.

الفرع الثاني: حكمها:

ذهب جمهور الفقهاء[١] إلى جواز الوصية بالمنفعة؛ لأنه يصح تمليكها كالأعيان بالعقود (سوا كانت بعوض أو بغير عوض) والميراث ، فالمنافع في معنى الأموال، فكذلك تصح الوصية بها، والموصى له يتملكها على ملك الموصي ، خلافاً للظاهرية[٢] الذين لم يجيزوا الوصية بالمنافع ؛وذلك كونها انتقلت إلى ملك الورثة بعد موت الموصي فتكون وصيته بها بما لا يملك، ويمكن الرد على هذا التعليل بأنّ الأعيان تنتقل إلى ملك الورثة، ومع ذلك الوصية بالأعيان جائزة[٣].

المطلب السادس: مبطلات الوصية

إذا استوفت الوصية أركانها وشروطها كانت صحيحة؛ وتبطل الوصية إذا اختلَّ مقوّم من مقوماتها، وقد سبق بيانها في مبحث مقوّمات الوصية. وبما أنَّ أكثر الشروط مختلف فيها، فإنّ الحكم بالبطلان على وصية ما قد يكون صحيحاً وفق رأي فريق من الفقهاء دون الفريق الآخر[٤]؛ لذلك آثرت أن أذكر الحالات التي تبطل الوصية فيها وفق ما ذكر قانون الأحوال الشخصية الأردني.

أولاً: رجوع الموصي عن الوصية: ذكر القانون في المادة (٢٥٨) ما نصُّه: (يجوز للموصي الرجوع عن الوصية كلها أو بعضها على أن يكون الرجوع صريحا ومسجلا لدى جهة رسمية)[٥].

---

(١) الموصلي، الاختيار، (٣/ ٢٠١)، ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد، (٢/ ٣٣٨)، الشربيني، مغني المحتاج، (٣/ ٤٥)، ابن قدامة، المغني، (٨/ ٤٥٩).

(٢) ابن حزم، المحلى(٩/ ٣٢٢) ، ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد، (٢/ ٣٣٨).

(٣) التاويل، محمد، الوصايا والتنزيل في الفقه الإسلامي، ص٤١٥

(٤) شلبي، مرجع سابق، ص٩٧، أبو البصل، مرجع سابق، ص١٠٧.

(٥) قانون الأحوال الشخصية الأردني لسنة ٢٠١٩ (المادة ٢٧٢/أ)

ثانياً: وفاة الموصى له حال حياة الموصي: ذكر القانون في المادة (٢٧٢) ما نصُّه:

(أ. تبطل الوصية بموت الموصى له المعين قبل موت الموصي) [1].

ثالثاً: قتل المُوصى له الموصي: ذكر القانون في المادة (٢٧٣) ما نصُّه:(يمنع من استحقاق الوصية الاختيارية أو الوصية الواجبة قتل الموصى له الموصي أو المورث قتلاً مانعاً من الإرث).

والقتل المانع من الإرث بيّنته المادة(٢٨١/أ): (يحرم من الإرث من قتل مورثه عمداً عدواناً سواء أكان فاعلاً أصلياً أم شريكاً أم متسبباً شريطة أن يكون القاتل عند ارتكابه الفعل عاقلاً بالغاً).

وذكر قانون الأحوال الشخصية الأردني في المادة (٢٦٩/ج، د) ما نصه:(ج. لا تبطل الوصية بالحجر على الموصي للسفه أو الغفلة. د. تبطل الوصية بجنون الموصي جنوناً مطبقاً إذا اتصل بالموت).

(١) قانون الأحوال الشخصية الأردني لسنة ٢٠١٩ (المادة ٢٧٢/ ب)

الفصل الثاني

عقود التبرعات الواردة على المنافع

المبحث الأول: عقد الوقف

المبحث الثاني: عقد الوديعة

المبحث الثالث: عقد العارية

المبحث الرابع: عقد اللقطة

المبحث الخامس: عقد اللقيط

المبحث الأول: الوقف

المطلب الأول: التعريف بالوقف وصفته ومشروعيته وحكمته وأنواعه

تمهيد:

في هذا المبحث نتحدث عن المعنى اللغوي للوقف، واتجاهات المذاهب الفقهية في تعريفه اصطلاحاً؛ وبيان صفته، ومشروعيته من القرآن الكريم والسنة النبوية وإجماع الأمة، وحكمة تشريعه، ونختمه ببيان أنواعه في الفقه الإسلامي، وما عليه العمل في القانون المدني الأردني.

أولاً: معنى الوقف:

الفرع الأول: المعنى اللغوي للوقف:

الوقف في اللغة: بفتح الواو وسكون القاف، مصدر الفعل وقف بمعنى حبس ومنع، ولا نقول: أوقف؛ لأنها لغة شاذة؛ فالوقف هو الحبس والمنع، وجمعه : أوقاف، ووقوف

واشتهر إطلاق المصدر وهو (الوقف) على اسم المفعول وهو(الموقوف)[١].

الفرع الثاني: المعنى الاصطلاحي للوقف:

هناك أربعة اتجاهات في بيان معنى الوقف في اصطلاح الفقه الإسلامي ، وذلك على النحو الآتي[٢]:

الاتجاه الأول: تعريف الإمام أبي حنيفة (رحمه الله تعالى) للوقف:(هو حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة)[٣].

الاتجاه الثاني: تعريف الصاحبين من الحنفية، والإمامين الشافعي وأحمد في أصح قوليهما:(هو حبس العين على ملك الله تعالى والتصدق بالمنفعة)[٤]

الاتجاه الثالث: تعريف جمهور المالكية :(هو حبس العين على ملك الواقف، ومنعه من التصرفات التمليكية، والتصدق اللازم بالمنفعة)[٥].

الاتجاه الرابع: تعريف الوقف في القول الثاني للإمامين الشافعي وأحمد:(إخراج العين عن ملك الواقف ودخولها في ملك الموقوف عليه) مع منعه من التصرفات الناقلة للملكية (من بيع أو هبة) ولا تورث عنه، مع التصدق بالمنفعة[٦].

وبالنظر في الاتجاهات السابقة في بيان معنى الوقف في اصطلاح الفقه الإسلامي

---

(١) ابن منظور، لسان العرب، الفيومي، المصباح المنير، الزبيدي، تاج العروس(جذر:وقف).
(٢) الزحيلي، الوصايا والوقف في الفقه الإسلامي، ص١٧٠، شلبي، أحكام الوصايا والأوقاف بين الفقه والقانون، ص(١١٢-١١٤).
(٣) السرخسي، المبسوط ، (١٢/ ٢٧).
(٤) ابن عابدين ، حاشية ابن عابدين، (٤/ ٣٣٧ وما بعدها) .ابن قدامة، المغني، (٨/ ١٨٦) وما بعدها)، الشربيني، مغني المحتاج، (٢/ ٣٨٩).
(٥) الدردير، الشرح الصغير، (٤/ ٩٧).
(٦)ابن قدامة، المغني، (٨/ ١٨٦ وما بعدها)، الشربيني، مغني المحتاج، (٢/ ٣٨٩).

نلحظ ما يأتي:

١-يتفق تعريف جمهور المالكية مع الإمام أبي حنيفة في أن الموقوف يبقى في ملك الواقف، لكنهم اعتبروا المنفعة ملكا لازما للواقف لا يجوز الرجوع عنه، بخلاف الإمام أبي حنيفة في التصدق بالمنفعة عنده غير لازم[١].

٢-يتفق تعريف القول الثاني للإمامين الشافعي وأحمد مع القول الأول الأصح لهما في أنّ الوقف يفيد إخراج الموقوف من ملك الواقف ، وفي اعتبار المنفعة ملكا لازما للواقف، لكن القول الثاني زاد عليه أنّ العين الموقوفة بعد خروجها من الواقف دخلت في ملك الموقوف عليه مع منعه من التصرفات الناقلة للملكية (من بيع أو هبة) ولا تورث عنه فهو ملك للموقوف عليهم لكنه غير تام[٢].

الفرع الثالث: معنى الوقف في القانون المدني الأردني:

جاء في القانون المدني الأردني في المادة(١٢٣٣) ما نصه:(الوقف حبس عين المال المملوك عن التصرف وتخصيص منافعه للبر).

ويلاحظ على التعريف القانوني أنه أخذ بالاتجاه الثاني (وهو تعريف الصاحبين من الحنفية، و الإمامين الشافعي وأحمد في أصح قوليهما).

وجاء أيضا في المادة (١/١٢٤٣) ما نصّه:(بعد إتمام الوقف لا يوهب الموقوف ولا يورث ولا يوصى به ولا يرهن ويخرج عن ملك الواقف، ولا يملك للغير).

---

(١) الزحيلي، مرجع سابق، ص١٧٠.

(٢) شلبي، مرجع سابق، ص١١٤.

ثانياً: صفة الوقف:

الفرع الأول: صفة الوقف فقها:

أعني بصفة الوقف: حكمه من حيث اللزوم وعدمه؛ بعبارة أخرى: هل يستطيع الواقف أن يرجع عن وقفه بعد إنشائه؟ أم يعتبر تصرفه لازما له فلا يستطيع الرجوع عنه؟.

سنحاول في هذا المطلب-عزيزي الطالب-الإجابة على ذلك، وقد قدّمت هذا المطلب على غيره من مشروعية الوقف وحكمته؛ لأنه مرتبط ارتباطا مباشرا بالاتجاهات الأربعة السابقةفي بيان معنى الوقف في اصطلاح الفقه الإسلامي، وبيان ذلك على النحو الآتي[1]:

أولاً :ذهب جمهور الفقهاء (الصاحبان من الحنفية[2]، والشافعية[3]، والحنابلة[4]) إلى أنّ الوقف لازم فلا يجوز للواقف أن يرجع عن وقفه، ولا أن يتصرف في الموقوف بيعا، أو هبة، أو ميراثا؛ لأنّ الموقوف خرج من ملكه إلى ملك الله تعالى، فتصرف غلاته إلى الموقوف عليهم.

ثانياً: ذهب الإمام أبو حنيفة [5]إلى أنّ الوقف من التصرفات الجائزة غير اللازمة؛ فيجوز للواقف أن يرجع عن وقفه متى شاء؛ لأنّ الوقف عنده لا يخرج الموقوف عن ملك الواقف، فهو كالإعارة عنده، حيث يجوز للمعير أن يرجع عن إعارته في أي وقت شاء في حياته، وكذلك لورثته بعد موته.

---

(١) الزحيلي، مرجع سابق، ص١٧٠، الجبوري، الوجيز في أحكام الوقف في الفقه الإسلامي، ص٢٢ .

(٢) السرخسي، المبسوط، (١٢/ ٢٧ وما بعدها)، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، (٤/ ٣٣٧ وما بعدها.

(٣) الشربيني، مغني المحتاج، (٢/ ٣٨٩).

(٤) ابن قدامة، المغني، (٨/ ١٨٧).

(٥) السرخسي، المبسوط، (١٢/ ٢٧ وما بعدها)، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، (٤/ ٣٣٧ وما بعدها).

واستثنى الإمام أبو حنيفة حالات يكون فيها الوقف لازما، ولا يجوز للواقف أن يرجع عنه فيها وهي:

الحالة الأولى: إذا كان الموقوف مسجداً، وأذن الواقف بالصلاة فيه ، وصلي فيه.

الحالة الثانية: إذا حكم القاضي المعيّن من الحاكم بلزوم الوقف.

الحالة الثالثة: إذا وقف الواقف وهو في مرض الموت، يأخذ حكم الوصية ، فإذا مات الواقف دون أن يرجع عن وقفه، فلا يجوز لورثته الرجوع عن الوقف بعد موته.

الحالة الرابعة: إذا علّق الواقف وقفه على موته، فيأخذ أيضا حكم الوصية ، فإذا مات الواقف دون أن يرجع عن وقفه، فلا يجوز لورثته الرجوع عن الوقف بعد موته.

وكذلك يرى المالكية [١] لزوم الوقف كما يرى الجمهور إلا إذا كان الوقف مؤقتا، حيث أجازه المالكية فينتهي الوقف بانتهاء مدته وبعدها يرجع للواقف.

ومن الجدير بالذكرأنّه لا يجوز تحديد صيغة الوقف بوقت محدد؛ وعلى هذا فلا ينعقد الوقف المؤقت عند جميع الفقهاء إذا كان الوقف مسجدا تحقيقا لكرامة المسجد وخصوصيته [٢].

وأما إذا كان الموقوف مؤقتاً في غير المسجد فقد أبطله الجمهور [٣]؛ لأن التأبيد يحقق مقصود الوقف وهو الصدقة الجارية الدائمة ، وخالف المالكية [٤] في ذلك

---

(١) الدردير، الشرح الصغير، (٤/ ١٠٦)

(٢) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، (٤/ ٣٤٥وما بعدها)، الدردير، الشرح الصغير، (٤/ ١٠٦)، الشربيني، مغني المحتاج، (٢/ ٣٨٩) ابن قدامة، المغني، (٨/ ١٨٧)، حدّاد، من فقه الوقف، ص٢٦، أبو الليل، الوصايا والوقف، ٣٦٦ وما بعدها

(٣) ابن عابدين ، حاشية ابن عابدين، (٤/ ٣٤٥ وما بعدها)، الشربيني، مغني المحتاج، (٢/ ٣٨٩)،

(٤) الدردير، الشرح الصغير، (٤/ ١٠٦).

وذهبوا إلى صحة الوقف المؤقت، الى مدة معينة، ثم يعود بعدها إلى ملك الواقف تشجيعا على الوقف وتسهيلا له.

الفرع الثاني: ما عليه العمل في القانون المدني الأردني:

بناء على ما جاء في القانون المدني الأردني في المادة (١٢٣٣) ما نصه: (الوقف حبس عين المال المملوك عن التصرف وتخصيص منافعه للبر).

نلحظ أنّ القانون اعتبر الوقف لازما، وهذا يعتبر أخذا بما عليه جمهور الفقهاء وخروجه من ملك الواقف؛ فلا يباع ولا يوهب ولا يورث[١].

ثالثاً: مشروعية الوقف:

الوقف مشروع، ومندوب؛ لأنه من البرّ وفعل الخير[٢]، وقد ثبتت مشروعيته بالقرآن الكريم، والسنة النبوية، وإجماع الصحابة، وإليكم بيانها:

أولاً: القرآن الكريم:

إنّ كل آية في كتاب الله فيها الحث على فعل الخير تصلح أن تكون دليلا على مشروعية الوقف[٣]، ومن هذه الآيات:

قول الله تعالى: ﴿لَن تَنَالُوا۟ ٱلْبِرَّ حَتَّىٰ تُنفِقُوا۟ مِمَّا تُحِبُّونَ﴾ [آل عمران: ٩٢].

وقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ أَنفِقُوا۟ مِن طَيِّبَٰتِ مَا كَسَبْتُمْ وَمِمَّآ أَخْرَجْنَا لَكُم مِّنَ ٱلْأَرْضِ﴾ [البقرة: ٢٦٧].

وقوله تعالى: ﴿وَٱفْعَلُوا۟ ٱلْخَيْرَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾ [الحج: ٧٧].

---

(١) راجع هوامش الصفحة السابقة.

(٢) الدردير، الشرح الصغير، (٤/ ١٠٦).

(٣) أبو رخية، شليبك، مرجع سابق، ص٢٠٥.

وجه الدلالة من الآيات الكريمة: هو إفادتها عموم الإنفاق في سبيل الله تعالى في وجوه الخير والبر، والوقف من النفقة الطيبة؛ باعتباره إنفاقا للمال في سبيل الله تعالى.

ثانيًا: السنة النبوية: وردت أحاديث نبوية عامة، وأخرى خاصة تدل على مشروعية الوقف، فمن الأحاديث العامة: قول رسول الله "ﷺ": «إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث: صدقة جارية، أو علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له»[١].

وجه الدلالة من الحديث: العلماء "رحمهم الله تعالى"- قديما وحديثا – فسّروا الصدقة الجارية بالوقف.

ومن الأحاديث الخاصة: عن ابن عمر قال :" أصاب عمر أرضا بخيبر فأتى النبي"ﷺ" يستأمره فيها، فقال: يا رسول الله ، إني أصبت أرضا بخيبر لم أصب مالاً قط هو أنفس عندي منه فما تأمرني به قال:" إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها" قال: فتصدق بها عمر أنه لا يباع أصلها ولا يبتاع ولا يورث ولا يوهب قال: فتصدق عمر في الفقراء وفي القربى وفي الرقاب وفي سبيل الله وابن السبيل والضيف لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف أو يطعم صديقا غير متمول فيه"[٢].

وجه الدلالة من الحديث: قال عنه الإمام النووي "رحمه الله ":" هذا الحديث أصل في مشروعية الوقف"[٣]وذلك من خلال قول النبي "عليه الصلاة والسلام "لعمر "رضي الله عنه":" إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها" وهذا هو جوهر الوقف المتفق عليه بين العلماء جميعاً.

(١) أخرجه الإمام مسلم في صحيحه، كتاب الوصية، باب ما يلحق الإنسان من الثواب، ح(١٦٣١).

(٢) أخرجه الإمام مسلم في صحيحه، كتاب الوصية، باب ما يلحق الإنسان من الثواب، ح(١٦٣٢).

(٣) النووي، شرح صحيح مسلم، (١١/ ٨٥).

ثالثًا: الإجماع: ذكر الإمام موفق الدين بن قدامة في كتابه المغني قول الصحابي جابر "رضي الله عنه": لم يكن أحد من أصحاب النبي "ﷺ" رضي الله عنهم ذو مقدرة إلا وقف"[١].

رابعاً: حكمة مشروعية الوقف: الوقف من الصدقات التي يندب إليها، وللواقف الثواب الجزيل عند الله تعالى إذا اقترن وقفه بقربة مشروعة، ونية مخلصة وقد مرّ معنا -عزيزي الطالب- في المبحث السابق الآيات الكريمة والأحاديث النبوية وأفعال الصحابة الدالة على ذلك وهذا هو المقصد الديني الذي يبتغيه الواقف من وقفه[٢].

وقد ذكر العلماء -رحمهم الله تعالى-قديما وحديثا المقاصد والأهداف والحكم والغايات التي قصد الشارع تحقيقها من تشريع الوقف تتمثل في إيجاد مورد دائم ومستمر يحقق مصالح وافرة للمجتمع إذا ما أحسن تطبيقه وضبطت أحكامه. فالوقف يحقق مقاصد في كل المجالات الدينية، والاجتماعية، والاقتصادية، والثقافية، والإنسانية متمثلة في شعور الواقف بالمسؤولية تجاه أهله، ووطنه، وأمته الإسلامية[٣].

خامساً: أنواع الوقف: يتنوع الوقف إلى ثلاثة أنواع هي: الوقف الخيري، والوقف الأهلي، والوقف المشترك. وسنوضح-عزيزي الطالب-المقصود بكل نوع على حدة.

أولاً: الوقف الخيري[٤]: وهو ما جعل ابتداء على جهة من جهات البرّ ولو لمدة معينة، ثم يكون بعدها على شخص أو أشخاص معينين.ومثاله:وقف شخص

---

(١) ابن قدامة، المغني، (٨/ ١٨٥).

(٢) الزحيلي، مرجع سابق، ص١٥٧، الجبوري، الوجيز في أحكام الوقف في الفقه الإسلامي، ص٢٠.

(٣) الكبيسي، أحكام الوقف في الفقه الإسلامي، (١/ ١٣٤-١٣٩).

(٤) شلبي، مرجع سابق، ص١٢٢.

عمارته لينفق من غلتها على مستشفى لمدة عشر سنوات مثلا ، ثم بعد ذلك على أولاده ، فيعتبر الوقف خيريا.

ثانياً: الوقف الأهلي(الذّري)[1]: وهو ما جعل ابتداء على شخص أو أشخاص معينين ولو لمدة معينة، ثم يكون بعدها على جهة من جهات البرّ والخير. ومثاله: وقف شخص عمارته لينفق من غلتها على أولاده خمس سنوات، ثم بعد ذلك على الفقراء من أهل بلده .

والضابط في كون الوقف خيريا أو أهليا هو الجهة الموقوف عليها ابتداء[2]: فإن كانت جهة بر كان وقفا خيريا ، وإن كانت لمعين أو معينين كان الوقف أهليا.

ثالثاً: الوقف المشترك[3]: وهو الوقف الذي يكون ابتداء بعضه خيريا ، وبعضه أهليا.ومثاله: وقف شخص عمارته ، وجعل ريعها على نصفين: نصف لجهة بر، ونصفها على ذريته.

ما عليه العمل في الآخر القانون المدني الأردني:

ذكر القانون أنواع الوقف في المادة (١٢٣٤) :

(١- يكون الوقف خيرياً إذا خصصت منافعه لجهة بر ابتداء.

٢-ويكون ذرياً إذا خصصت منافعه إلى شخص أو أشخاص معينين وذرياتهم من بعدهم ثم إلى جهة من جهات البر عند انقراض الموقوف عليهم.

٣-ويكون مشتركاً إذا خصصت الغلة إلى الذرية وجهة البر معاً).

(١) المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(٢) شلبي، مرجع سابق، ص١٢٢ .

(٣) أحمد فرّاج، مرجع سابق، ص٣٠٩.

المطلب الثاني : أركان الوقف، وشروطه، ومبطلاته

تمهيد:

نتناول في هذا المبحث الحديث عن أركان الوقف وشروطه، وما يتعلق بهما من أحكام اختلف الفقهاء في أركان الوقف على رأيين: الرأي الأول: أركان الوقف أربعة وهي: الصيغة، والواقف، والموقوف عليه، والموقوف، وهو مذهب الجمهور من (المالكية [1] والشافعية [2] والحنابلة[3]).و الرأي الثاني: ركن الوقف هو الصيغة فقط، وهو مذهب الحنفية[4] .

وسأسير في هذا المبحث في بيان أركان الوقف وشروطه وفق رأي جمهور الفقهاء فتكون أركان الوقف أربعة، خصّصت لكل ركن مطلبا، وذكرت الشروط الخاصة بالركن مباشرة ضمن المطلب المخصّص له.

واختتمت هذا المبحث بمطلب آخر تناولت فيه: مبطلات الوقف.

أولا: الصيغة وشروطها. وفيه الفروع الثلاثة الآتية:

الفرع الأول: الإيجاب وطرق التعبير عنه.

الفرع الثاني: القبول ومدى اعتباره في الصيغة.

الفرع الثالث: شروط صيغة الوقف.

الفرع الأول: الإيجاب وطرق التعبير عنه.

---

(١) الدردير، الشرح الصغير، (٤/ ١٠١) .

(٢) الشربيني، مغني المحتاج، (٢/ ٥١٨).

(٣) الحجاوي، الإقناع، (٣/ ٦٣)، ابن قدامة، المغني، (٨/ ١٨٤).

(٤) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، (٤/ ٣٤٢).

ينعقد الوقف بالإيجاب الصادر عن الواقف، والإيجاب في صيغة الوقف هو اللفظ الدال على إرادة الواقف، سواء كان صريحًا أم كناية، أو ما يقوم مقام اللفظ من كتابة أو إشارة مفهمة أو فعل [١].

فالألفاظ التي تنعقد بها الوقف تنقسم الى قسمين [٢]:

الأول: الألفاظ الصريحة: وهي الألفاظ التي تدل على معنى الوقف ولا تحتمل غيره كالألفاظ التي اشتهر استعمالها في الوقف، مثل: وقفت وحبّست وسبّلت، فهذه تنعقد بها الوقف دون النظر الى نية أو قرينة.

الثاني: الألفاظ الكنائية: وهي الألفاظ التي تحتمل الوقف وتحتمل غيره، كلفظ الصدقة يطلق على صدقة الوقف، وصدقة الفرض، وصدقة التطوع. وكذا لفظ التبرع؛ فلا ينعقد الوقف بالألفاظ الكنائية وحدها؛ ولا بدّ من إظهار نية الواقف بقرينة (كأن يصفها بصفات الوقف) تدل على الوقف، مثل: قول الواقف: تصدّقت بصدقة محبّسة ، أو موقوفة ، أو صدقة لا تباع ولا توهب ولا تورث.

ويقوم مقام اللفظ الكتابة: وقداشترط الفقهاء في انعقاد الوقف بالكتابة أن تكون مستبينةً بحيث يمكن قراءة الخط، ويخرج بهذا الشرط غير المستبين: (كالكتابة على الماء، أو في الهواء) فلا تعتبر [٣]. واشترط الفقهاء أيضا في الكتابة أن تكون مرسومة بمعنى: أن تكون موقّعة من منشىء التصرف، وموافقةً لما يسمى اليوم بالأصول القانونية المعروفة في البلد من خلال توافر ذكر العنوان والتصديق عليه [٤]، ويدخل فيه أيضاً أشكال إنشاء التصرفات الإلكترونية الحديثة حيث يشترط التوقيع الإلكتروني وهو عبارة عن أرقام خاصة بالمستخدم.

---

(١) الموسوعة الفقهية، (٤٤/ ١١٣).

(٢) الدردير، الشرح الصغير، (٤/ ١٠٣)، ابن قدامة، المغني، (٨/ ١٨٩)، الموسوعة الفقهية، (٤٤/ ١١٤).

(٣) الزرقا، أحمد، شرح القواعد الفقهية، ص ٣٤٩.

(٤) المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

وينعقد الوقف أيضاً بالإشارة: فالإشارة الصادرة من الأخرس إذا كانت مفهومة، فإنّها تعتبر وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة عند الفقهاء [١]؛ وذلك لقيامها مُقام النطق باللسان، بل توسّع فقهاء المالكية في ذلك، فذهبوا إلى اعتبار الإشارة إذا كانت مفهومة، حتى وإن صدرت من غير الأخرس [٢].

وينعقد الوقف بالفعل، فإذا حصل فعل مع دليل يدل عليه، كأن يبني بنيانًا على هيئة المسجد، ويأذن إذنًا بالصلاة فيه، أو يجعل أرضه مقبرة، ويأذن في الدفن فيها؛ لأن العرف جار بذلك، وفيه دلالة على الوقف فجاز أن يثبت به كالقول. وهذا عند الجمهور [٣] خلافا للشافعية [٤] الذين لم يجيزوا الفعل طريقا من طرق التعبير عن إرادة الواقف.

الفرع الثاني: القبول ومدى اعتباره في الصيغة:

أولاً: اتفق الفقهاء على أنّ القبول الصادر من الموقوف عليه ليس ركنا في الوقف، ولا شرطا في صحته أو استحقاقه، إذا كان الموقوف عليه غير معين [٥]، أو لجهة ولا يوجد من يمثلها [٦].

ثانياً: اختلف الفقهاء إذا كان الموقوف عليه معينا لشخص ما، أو لجهة ويوجد من يمثلها (كالجامعات)، فهل يعتبر القبول ركنا أو شرطا لصحته أو لاستحقاقه وذلك على رأيين:

---

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، (٢/ ٢٣١)، الحطاب، مواهب الجليل، (٤/ ٢٢٩)، الشربيني، مغني المحتاج، (٤ / ٤٦٣)، ابن قدامة، المقنع، (١٧/ ٢٠٢).

(٢) الحطاب، مواهب الجليل، (٤/ ٢٢٩)، الدردير، الشرح الصغير، (٤/ ٥٨٤).

(٣) الدردير، الشرح الصغير، (٤/ ١٠٣)، ابن قدامة، المغني، (٨/ ١٩٠)، الموسوعة الفقهية، (٤٤/ ١١٤).

(٤) الشربيني، مغني المحتاج، (٢/ ٣٨١)، الموسوعة الفقهية، (٤٤/ ١١٤).

(٥) الدردير، الشرح الصغير، (٤/ ١٠٦)، ابن قدامة، المغني، (٨/ ١٨٧).

(٦) المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون أوقاف الشارقة، ص١٨.

الرأي الأول: يرى جمهور الفقهاء (وهم الحنفية [١] وجمهور المالكية [٢] والأصح من مذهب الشافعية [٣]، وأحد قولي الحنابلة [٤]) إلى اعتبار القبول ركنا وشرطا لصحته واستحقاقه.

ومستندهم: من حق الموقوف عليه الرد، أخذا بالقاعدة العامة عدم جواز إدخال مال في ملك شخص أو جهة بغير الرضا إلا ما استثناه الشرع في حال الإرث. فالتبرعات كالوقف والهبة يعتبر القبول ركناً فيها[٥].

الرأي الثاني: القبول ليس ركناً ولا شرطاً لصحته، أو استحقاقه (وهذا القول الآخر للمالكية[٦] و الشافعية[٧]، والراجح عند الحنابلة[٨]).

ومستندهم: اعتبر هؤلاء الوقف إزالة ملك يمنع البيع والهبة والميراث فلا يحتاج إلى قبول[٩].

الفرع الثالث: شروط صيغة الوقف:

أولاً: أن تكون الصيغة جازمة[١٠]: بمعنى أن تكون الألفاظ بصيغة تفيد الجزم والقطع وعدم التردد، فيحترز بهذا الشرط عن الوقف المقترن بخيار الشرط؛ لأنّ

---

(١) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، (٤/ ٣٤٢)

(٢) الدردير، الشرح الصغير، (٤/ ١٠١)

(٣) الشربيني، مغني المحتاج، (٢/ ٢٨٣)

(٤) ابن قدامة، المغني، (٨/ ١٨٧)

(٥) المرجع السابق، الصفحة نفسها، ابن قدامة، المغني، (٨/ ١٨٧)

(٦) الدردير، الشرح الصغير، (٤/ ١٠١)

(٧) الشربيني، مغني المحتاج، (٢/ ٢٨٣)

(٨) ابن قدامة، المغني، (٨/ ١٨٧)

(٩) ابن قدامة، المغني، (٨/ ١٨٨) ، الجبوري، مرجع سابق، ص٢٧

(١٠) الجبوري، مرجع سابق، ص٤٥

خيار الشرط ينافي الجزم بالصيغة.

وبناء على هذا الشرط: اتفق الفقهاء على انعقاد الوقف وبطلان الشرط إن كان الخيار في وقف المسجد، وأما فيما عداه (في غير المسجد) فقد أبطله الجمهور، وأجازه المالكية فقالوا: بصحة الشرط والتصرف معا[١].

ثانيًا-أن تكون الصيغة مؤبدة: فلا يجوز تحديد صيغة الوقف بوقت محدد؛ وعلى هذا فلا ينعقد الوقف المؤقت عند جميع الفقهاء إذا كان الوقف مسجدا تحقيقا لكرامة المسجد وخصوصيته[٢].

وأما إذا كان الموقوف مؤقتا في غير المسجد فقد أبطله الجمهور[٣]؛ لأن التأبيد يحقق مقصود الوقف وهو الصدقة الجارية الدائمة، وخالف المالكية[٤] في ذلك وذهبوا إلى صحة الوقف المؤقت، إلى مدة معينة، ثم يعود بعدها إلى ملك الواقف تشجيعا على الوقف وتسهيلاً له.

وبرأي الجمهور أخذ القانون المدني الأردني كما جاء في المادة (١٢٣٣) والمادة (١/١٢٤٣).

ثالثًا: أن تكون الصيغة منجزة: بمعنى أن لا يكون في الصيغة تعليق على شرط غير موجود وقت الوقف، ولا إضافة إلى زمن مستقبلي؛ لأنّ الصيغة المنجزّة هي الصيغة الخالية من التعليق والإضافة[٥].

---

(١) المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(٢) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، (بعدها)، الدردير، الشرح الصغير، (٤/ ١٠٦)، الشربيني، مغني المحتاج، (٢/ ٣٨٩) ابن قدامة، المغني، (٨/ ١٨٧)، حدّاد، من فقه الوقف، ص٢٦، أبو الليل، الوصايا والوقف، ٣٦٦ وما بعدها.

(٣)ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، (٣/ ٤٩٤ وما بعدها)، الشربيني، مغني المحتاج، (٢/ ٣٨٩).

(٤) الدردير، الشرح الصغير، (٤/ ١٠٦).

(٥) الزحيلي، مرجع سابق، (ص٢٠٨)، الجبوري، مرجع سابق، (ص٤٣) ، حدّاد ، مرجع سابق، (ص٣٠ وما بعدها)

وهذا شرط عند جمهور الفقهاء[١]؛ لأنّ التعليق يتنافى مع التمليكات الفورية، وخالف المالكية[٢]فذهبوا إلى صحة الوقف المعلق أو المضاف إلى زمن مستقبلي؛ تسهيلا على الناس وتشجيعا لهم.

ومن الجدير بالذكر أنّ الوقف المعلق على موت الواقف يعتبر وصية لا وقفا، من باب قاعدة (العبرة في العقود والتصرفات بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني) فتطبق أحكام الوصية على الوقف في هذه الحالة.

رابعاً: أن لا تقترن الصيغة بشرط باطل: والمقصود بالشرط الباطل: هو الذي يخل بأصل الوقف أو ينافي مقتضاه، ومقاصده الشرعية؛ لأن الشروط المنافية للعقود مبطلة لها، وهذا متفق عليه عند جميع المذاهب الفقهية، ولكن الاختلاف وقع بين الفقهاء في تحديد الشروط التي تبطل الوقف والتي يصح معها[٣].

وسيأتي الحديث مفصلاً عند بيان شروط الواقفين في المبحث القادم.

ثانيًا: الواقف وشروطه:

وهو المالك للشيء الموقوف [٤]، ويشترط فيه أن يكون عاقلًا بالغًا رشيداً مختارًا غير مكره، وهو ما يعبر عنه بمصطلح (أهلية التبرع)[٥]؛ فلا يصح وقف المجنون والصبي والمكره؛ كون الوقف من التصرفات التبرعية التي يترتب عليها إزالة الملك بغير عوض.

(١) ابن قدامة، المغني، (٨/ ٢١٦)

(٢) الدردير، الشرح الصغير، (٤/ ١٠٥)

(٣) الزحيلي، مرجع سابق، (ص٢٠٨)، حدّاد ، مرجع سابق، (ص٣٠ وما بعدها)

(٤) أبو رخية وشلبيك، مرجع سابق ، ص٢٠٥

(٥) الكاساني، بدائع الصنائع، (٦/ ٢١٩)، الدردير، الشرح الصغير، (٤/ ١٠١)، الشربيني، مغني المحتاج، (٢/ ٣٧٧)

وأمّا إن كان الواقف محجوراً عليه لسفه: فهو ليس من أهل التبرع عند جمهور الفقهاء[١]، واستثنى الحنفية في حالة ما إذا وقف على نفسه، ثم على جهة لا تنقطع، يصح على قول أبي يوسف، وهو الصحيح عند المحققين من الحنفية، وباتفاق الحنفية إذا حكم به حاكم[٢].

وأمّا المحجور عليه لدين: فلا ينفذ وقفه إلا إذا أجازه الدائنون وذلك إذا كان الدين مستغرقا، والمدين محجور عليه بسبب هذا الدين، وأما إذا كان الدين غير مستغرق لماله، ووقف ما زاد على ما يفي بدينه، فوقفه صحيح نافذ؛ لعدم مصادمة حق الدائنين[٣].

وأما إن كان الواقف مريضا مرض الموت: فيأخذ الوقف هنا حكم الوصية[٤]؛ فلا ينفذ إلا بعد موته ولا يجوز لوارث الا برضا الورثة وبحدود الثلث كما مر معنا في باب الوصية.

ما عليه العمل في القانون المدني الأردني:

جاء في المادة (١٢٤٤) : (تسري على شروط صحة الوقف وشروط الواقف وقواعد الاستحقاق أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الخاصة بالوقف)

ومن الجدير بالذكر أنه لم يشترط الفقهاء المسلمون أن يكون الواقف مسلماً؛ كون الشرط صحة العبارة منه وأهليته للتكليف، فيصح الوقف من غير المسلم فيما هو جائز شرعاً[٥]وهذا ما عليه العمل فيالقانون المدني الأردني وفقاً للمادة المذكورة.

---

(١) المصادر السابقة نفسها، الصفحات نفسها.

(٢) ابن عابدين، رد المحتار، (٤/ ٥٠٠)، الموسوعة الفقهية، (٤٤/ ١٢٤)

(٣) الزحيلي، مرجع سابق، ص١٧٧

(٤) ابن قدامة، المغني، (٨/ ٢١٥)

(٥) ابن نجيم، البحر الرائق، (٥/ ٢٠٤)، الدسوقي، حاشية الدسوقي، (٥/ ٢٠٤) الشربيني، مغني المحتاج، (٢/ ٣٧٦)، المرداوي، الإنصاف، (٧/ ٢٥٨)

ثالثًا: الموقوف عليه وشروطه.

الموقوف عليه هو الذي يستحق الانتفاع بالوقف، والموقوف عليه قسمان: القسم الأول: معين واحد فأكثر، والقسم الثاني: غير معين، كالوقف على الجهات، كالفقراء والمساجد[١].

وأمّا أهم الشروط التي ذكرها فقهاؤنا في الموقوف عليه، فإليك بيانها وهي على النحو الآتي:

أولاً: يشترط أن تكون جهة بر وطاعة وقربة[٢]: فلا يصح الوقف على جهة معصية ، كالوقف علىدور اللهو المحرمة ، ولأن الوقف قربة وطاعة فلا يتقرب إلى الله تعالى بالمعصية ، ولما فيه من التعاونعلى الإثم والعدوان، وهذا مناف لحكمة مشروعية الوقف[٣].

ثانياً: أن يكون الموقوف عليه جهة غير منقطعة: ذلك بأن يجعل الوقف على المساكين أو الفقراء أو قرآء القرآن و هذا كله وفقا لرأي جمهور الفقهاء[٤] القائلين باشتراط التأبيد في الوقف، وخالف المالكية[٥] فأجازوا الوقف المؤقت حيث يصح عندهم أن يكون الوقف لمدة محددة ثم يعود الموقوف ملكاً لصاحبه .

ثالثاً: ألاّ يعود الوقف على الواقف[٦]: وفيه حالتان: الأولى: أن يقف على نفسه. الثانية: أن يشترط الغلة لنفسه. أما الحالة الأولى - وهي أن يقف الإنسان على

---

(١) الموسوعة الفقهية، (٤٤/ ١٣٩) بتصرف.

(٢) الشربيني، مغني المحتاج ، (٢/ ٣٨٠)، ابن قدامة، المغني، الموسوعة الفقهية، (٤٤/ ١٣٩ وما بعدها).

(٣) الشربيني، مغني المحتاج، (٢/ ٣٨٠).

(٤) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، (٣/ ٤٩٤ وما بعدها)، الشربيني، مغني المحتاج، (٢/ ٣٨٩) ، أبو رخية وشليبك، مرجع سابق ، ص٢٠٦.

(٥) الدردير، الشرح الصغير، (٤/ ١٠٤).

(٦) الموسوعة الفقهية، (٤٤/ وما بعدها ١٤٣).

نفسه - فقد اختلف الفقهاء فيها على رأيين: الرأي الأول: عدم صحة الوقف؛ وهذا ماذهب إليه جمهور الفقهاء (المالكية[١] والشافعية في الأصح[٢]، والمعتمد عند الحنابلة[٣]) ومستندهم: لتعذر تمليك الإنسان ملكه لنفسه؛ لأنه حاصل، وتحصيل الحاصل محال[٤]، وقال الشافعية[٥] والحنابلة[٦]: لو وقف على نفسه، وحكم به حاكم، نفذ حكمه ولم ينقض؛ لأنها مسألة اجتهادية[٧].و الرأي الثاني: صحة الوقف، وهذا ما ذهب إليه أبو يوسف من الحنفية، وهو المعتمد في المذهب، وذهب إليه الشافعية في مقابل الأصح عندهم[٨]؛ ومستندهم: هو استحقاق الشيء وقفًا غير استحقاقه ملكًا[٩].

ما عليه العمل في القانون المدني الأردني في هذه الحالة: أخذ برأي الجمهور في عدم صحة الوقف على النفس دون ذكر جهة بر لا تنقطع.

الحالة الثانية - وهي أن يشترط الواقف شيئاً من الغلة لنفسه - فقد اختلف الفقهاء فيها على رأيين: الرأي الأول: يصح أن يشترط الواقف من الغلة لنفسه، وهذا ما ذهب إليه الحنابلة[١٠] وأبو يوسف من الحنفية، وعليه الفتوى عندهم، والشافعية في مقابل الأصح[١١] ترغيبًا للناس في الوقف. وقال المالكية: لو اشترط

---

(١) عليش، منح الجليل، (٨/ ١٢٤).

(٢) الشربيني، مغني المحتاج، (٢/ ٣٨٠).

(٣) ابن قدامة، المغني، (٨/ ١٩١).

(٤) الشربيني، مغني المحتاج، (٢/ ٣٨٠).

(٥) المصدر نفسه، الصفحة نفسها.

(٦) ابن قدامة، المغني، (٨/ ١٩١).

(٧) الشربيني، مغني المحتاج، (٢/ ٣٨٠).

(٨) الشربيني، مغني المحتاج، (٢/ ٣٨٠).

(٩) الشربيني، مغني المحتاج، (٢/ ٣٧٦).

(١٠)ابن قدامة، المغني، (٨/ ١٩١).

(١١)الشربيني، مغني المحتاج، (٢/ ٣٧٦).

الواقف أنه إن احتاج إلى الوقف باع، فله بيعه، ولا بد من إثبات الحاجة والحلف عليها، إلا أن يشترط الواقف أنه يُصَدَّقُ بلا يمين.

الرأي الثاني: لا يصح أن يشترطالواقف من غلة الموقوف شيئالنفسه وهو الأصح عند الشافعية[١].

ما عليه العمل فيالقانون المدني الأردني في هذه الحالة: أخذ برأي الجمهور (الرأي الأول) وهو صحة الوقف حيث جاء في المادة (١٢٣٤) (٣- ويكون مشتركاً إذا خصصت الغلة إلى الذرية وجهة البر معاً).

رابعاً: الموقوف وشروطه:

الموقوف: هو محل الوقف الذي يرد عليه التصرف، وتترتب آثاره الشرعيه عليه[٢].

وأمّا أهم الشروط التي ذكرها فقهاؤنا في الموقوف عليه، فإليكم بيانها وهي على النحو الآتي:

أولاً: أن يكون مالاً متقوماً[٣]: بمعنى أذن الشارع في الانتفاع به شرعاً في الأحوال العادية، وكان ذا قيمة مادية في عرف الناس؛ وذلك لأن المال غير المتقوم لا يصح أن يكون محلاً للتصرف: فلا يصح وقف الآت اللهو المحرم، أو الآت صنع الخمور والسجائر؛ لأنها غير متقومة شرعاً، أو بحبة أرز؛ لأنها ليست بذات قيمة مادية في عرف الناس.

ثانياً: أن يكون مالاً معلوماً وقت وقفه علماً تاماً[٤]: إما بتعيين قدره كوقف

---

(١) الشربيني، مغني المحتاج، (٢/ ٣٧٦).

(٢) المهيدب، أثر الوقف على الدعوة إلى الله تعالى، ص٣٦ .

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع، (٧/ ٣٥٢)، شلبي، مرجع سابق، (ص١٣٩).

(٤) شلبي، مرجع سابق، (ص١٣٩) ، الزحيلي ، مرجع سابق، (ص١٨٥).

أرض مساحتها (ألف مترمربع) أو بتعيين نسبته إلى معين كنصف أرضه في الجهة الفلانية. فلا يصح وقف المجهول؛ لأن الجهالة تفضي إلى النزاع.

ثالثاً: أن يكون الموقوف مملوكاً للواقف حين وقفه ملكاً تاماً[١]: فلا يصح أن يقف مال غيره ؛لأن الوقف إسقاط مِلْك، وتصرف بالعين الموقوفة؛ وعليه: فإن لم يكن مملوكاً له كان تصرفه فيما لا يملك باطلاً عند جمهور الفقهاء ، حتى لو ملكه بعد الوقف فيلزمه إنشاء الوقف من جديد ، خلافاً لرأي الحنفية الذين اعتبروا تصرفه موقوفاً على إجازة المالك الأصلي: تطبق عليه تصرفات الفضولي .

ويلحق بهذا الشرط: من اشترى شيئاً بعقد بيع فيه خيار للبائع ثلاثة أيام، ثم وقفه في مدة الخيار، لميصح الوقف؛ لأنه وقف ما لا يملك ملكاً تاماً؛ لأن هذا البيع غير لازم؛ لأنه يجوز للبائع إمضاءه أو فسخه[٢].

رابعاً: أن لا يتعلق بالعين الموقوفة حق الغير[٣]: كأن تكون مرهونة أو مؤجرة يكون الموقوف مرهوناً: فلا يصح وقف المرهون، أو المأجور حال تعلق حق الغير به؛ لأنّ في وقفه إبطال حق المرتهن منه، بينما لو وقف بعد الخلاص من الرهن والإجارة صحّ الوقف ؛لأنّ المالكية لا يشترطون التنجيز[٤]

ما عليه العمل في القانون المدني الأردني:

جاء في المادة (١٢٤٤) :(تسري على شروط صحة الوقف وشروط الواقف وقواعد الاستحقاق أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الخاصة بالوقف).

---

(١) شلبي، مرجع سابق، (ص١٣٩).

(٢) الزحيلي، مرجع سابق، ص١٨٥ .

(٣) الموسوعة الفقهية، (٤٤/ ١٦٧ وما بعدها) .

(٤) الدسوقي، حاشية الدسوقي ، (٤/ ٧٧) الزحيلي ، مرجع سابق، ص١٨٧ ، الموسوعة الفقهية، (٤٤ / ١٣٩) بتصرف.

خامساً: مبطلات الوقف:

إذا توافرت أركان الوقف وشروطه السابقة كان الوقف صحيحاً، وإذا ما اختلّ أي ركن أو شرط كان الوقف باطلاً. وبما أنَّ بعض الشروط مختلف فيها، فإنّ الحكم بالبطلان على وقف ما قد يكون صحيحاً وفق رأي فريق من الفقهاء دون الفريق الآخر ومثال ذلك: اختلاف الفقهاء في اشتراط القبض للزوم الوقف وعدمه_وقد مرّ معنا سابقا ترتب على ذلك اعتبار حدوث مانع[١]: مثل إن مات الواقف أو أفلس، أو مرض مرضاً متصلاً بموته قبل القبض بطل الوقف، ورجع للوارث في حال الموت، وللدائن في الإفلاس، فإن أجازه الوارث نفذ، وإلا بطل وهذا عند المالكية[٢]. الذين اشترطوا القبض، وكذلك عدم التخلية[٣]. (أي عدم ترك الواقف) بين الناس وبين الموقوف عليه الذي هو مثل المسجد والرباط والمدرسة قبل حصول المانع، فإنه يبطل الوقف، ويكون ميراثاً عندهم.

وفيما يلي أهم مبطلات الوقف التي ذكرها فقهاؤنا في كتبهم، وهي:

أولاً: **الوقف على معصية**[٤]:كوقف المسلم على كنيسة وكصرف غلة الموقوف على خمر أو شراء سلاح لقتال حرام.

ثانياً: **ردة الواقف عن الإسلام**[٥]: يرى الحنفية أنّ الواقف إذا ارتدّ عن الإسلام يبطل وقفه، ويصير ميراثا؛ لانّ الردة تبطل القربات، فإذا عاد إلى الإسلام يحتاج إلى إنشاء وقف جديد، ويرون أيضاً أنّ وقف المرتد أثناء ردته موقوف؛ فإن رجع إلى الإسلام صحّ وقفه، وإن لم يعد بطل وقفه؛ فالردة المقارنة للوقف لا تبطله بل يتوقف

---

(١) الدردير، الشرح الصغير، (٤/ ١١٧).

(٢) المصدر السابق نفسه، الصفحة نفسها.

(٣) المصدر السابق نفسه، الصفحة نفسها.

(٤) عليش، منح الجليل، (٨/ ١١٧) الشربيني، مغني المحتاج، (٢/ ٣٧٦).

(٥) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، (٤/ ٣٤٣).

بخلاف الطارئة فإنها تبطله.

المطلب الثالث: موضوعات فقهية متعلقة بالوقف

أولاً: وقف الأعيان المالية (العقار والمنقول) والمنافع:

اتفق الفقهاء على جواز الوقف في العقار[١]، وأنه من القرب المندوب إليها، بل نقل إجماع الصحابة على ذلك؛ بناءً على أنّ الوقف يقتضي التأبيد، ويلزم أن تكون العين الموقوفة صالحة للبقاء، وهوما يتصوّر في العقار.

وأما المنقول: فقد اختلف الفقهاء في جوازه على رأيين:

الأول: جمهور الفقهاء (المالكية[٢] والشافعية[٣] والحنابلة[٤])يجيزون وقف المنقول استقلالاً، سواء كان تابعاً للعقار أم لم يكن، ورد به النص أم لا؛ وذلك لأنّ العبرة بالمالية والانتفاع، فما ينتفع به يجوز وقفه. والمقبرة فلا يتم الوقف إلا بعد الفرز[٥].

الثاني: الحنفية[٦] يرون جوازه إذا كان تبعاً للعقار وعليه: فلا يجوز وقف الشجر التابع للأرض إلّا إذا تمّ وقف الأرض، فتلحق بها، ومستندهم: التابع تابع لا يفرد بالحكم. أمّا المنقول غير التابع للعقار، فالأصل عدم جواز وقفه؛ لأن من شرط الموقوف عندهم التأبيد إلا في حالتين[٧]:

---

(١) الموصلي، الاختيار، (٢/ ١٠٥)، ابن عبدالبر، الكافي، (ص٤١٧)، الشربيني، مغني المحتاج، (٢/ ٣٧٧)، المقدسي، العدة، (ص٢٣٧).

(٢) عليش، منح الجليل، (٨/ ١١١).

(٣) الشربيني، مغني المحتاج، (٢/ ٣٧٧).

(٤) المقدسي، بهاء الدين، العدة، (ص٢٣٧)، ابن قدامة، المغني، (٨/ ٢٣١).

(٥) أبو رخية وشليبك، ص٢٠٦.

(٦) الكاساني، بدائع الصنائع، (٦/ ٢٢٠)، الموصلي، الاختيار، (٢/ ١٠٦).

(٧) المصدران السابقان، الصفحات نفسها.

الحالة الأولى: إذا ورد النص بجوازه، فيجوز وقف السلاح والكراع (الخيل)؛ لقوله -ﷺ-: " فإنكم تظلمون خالداً، فقد احتبس أدراعه وأعتاده في سبيل الله"[١].

الحالة الثانية: ما جرى به العرف؛ كوقف المصاحف، والكتب، وأمتعة المساجد وفرشها، وأجازوا وقف الثياب على الفقراء، ووقف السفينة، إن جرى فيها التعامل مطلقاً.

الترجيح:

لقد توسع الحنفية في جواز المنقول استثناءً، حيث أجازوه إن جرى به العرف، ومادام أنّ الأعراف متجددة، وتختلف زماناً ومكاناً، فقد جرى وقف السيارات في زماننا لنقل الموتى، وللعمل في المستشفيات، كما جرى وقف الثياب، والكتب، والسفن، وغيرها ممّا يمكن القول معه إنّ دائرة الخلاف بين الحنفية والجمهور في وقف المنقول قد تضاءلت، خصوصاً إذا لاحظنا تطور الأعراف على حسب معطيات كلّ عصر، وكلّ مكان[٢].

ما عليه العمل في القانون المدني الأردني:

جاء في المادة (١/١٢٤٢): (يجوز وقف العقار والمنقول المتعارف على وقفه).

وأما وقف المنفعة فقد قال بجوازها الحنفية[٣] والمالكية[٤] الذين يرون جواز وقف المنفعة وحدها دون رقبتها (أصلها) كما لو وقف المستأجر العين المستأجرة؛ كونه مالكا للمنفعة، ولا دليل على المنع.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الزكاة، باب قول الله تعالى: (وفي الرقاب والغارمين وفي سبيل الله)، رقم (١٣٩٩).

(٢) السرطاوي، وقف الأسهم والصكوك والحقوق والمنافع، ص١٠ وما بعدها، بتصرف يسير.

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع، (٦/ ٢٢٠)، الموصلي، الاختيار، (٢/ ١٠٦).

(٤) عليش، منح الجليل، (٨/ ١١١ وما بعدها).

بينما الشافعية[١] والحنابلة[٢] لا يرون الجواز؛ لأن المنفعة فرع والرقبة أصل، فلا يصح وقفها استقلالاً عن الأصل.

والراجح هو الجواز؛ تسهيلاً للواقفين، وتشجيعاً للناس للإقدام على الوقف ما استطاعوا إلى ذلك سبيلا، وبأي شيء يملكونه حتى ولو كان منفعة.

ثانيًا: وقف النقود:

وقف النقود للإقراض أو للاستثمار بالمصارف الإسلامية وما في حكمها، وصرف أرباحها على الجهات الموقوفة عليها جائز عند الحنفية[٣] والمالكية على الراجح عندهم[٤]، ورواية عند الشافعية[٥]، وما قررته أغلب المجامع الفقهية[٦].

بينما الأصح عند الشافعية[٧] والحنابلة [٨]الجواز؛ لأن النقود تستهلك فلا يبقى أصلها وتبقى منفعتها فقط، ووقف المنفعة دون الأصل لا يجوز وقفه.

والراجح الجواز؛ كون وقف النقود متفرعا عن وقف المنفعة الذي رجحنا جواز وقفها في المبحث السابق.

ومن الجدير بالذكر أن مجمع الفقه الإسلامي الدولي أصدر قراراً بشأن وقف النقود جاء فيه:

(١. وقف النقود جائز شرعاً، لأن المقصد الشرعي من الوقف وهو حبس

---

(١) الشربيني، مغني المحتاج، (٢/ ٣٧٧).

(٢) المقدسي، العدة، (ص٢٣٧).

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع، (٦/ ٢٢٠)، الموصلي، الاختيار، (٢/ ١٠٦).

(٤) عليش، منح الجليل، (٨/ ١١١ وما بعدها).

(٥) الشربيني، مغني المحتاج، (٢/ ٣٧٧).

(٦) المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون أوقاف الشارقة، ص١٦.

(٧) الشربيني، مغني المحتاج، (٢/ ٣٧٧).

(٨) ابن قدامة، المغني، (٨/ ٢٢٩).

الأصل وتسبيل المنفعة متحقق فيها؛ ولأن النقود لا تتعين بالتعيين وإنما تقوم أبدالها مقامها.

٢.يجوز وقف النقود للقرض الحسن، وللاستثمار إما بطريق مباشر، أو بمشاركة عدد من الواقفين في صندوق واحد، أو عن طريق إصدار أسهم نقدية وقفية تشجيعاً على الوقف، وتحقيقاً للمشاركة الجماعية فيه.

٣.إذا استثمر المال النقدي الموقوف في أعيان كأن يشتري الناظر به عقاراً أو يستصنع به مصنوعاً، فإن تلك الأصول والأعيان لا تكون وقفاً بعينها مكان النقد، بل يجوز بيعها لاستمرار الاستثمار، ويكون الوقف هو أصل المبلغ النقدي)[١].

ثالثًا: شروط الواقفين:

عزيزي الطالب: المقصود بـ(شروط الواقفين) وهي : ما يدوّنه الواقف في كتاب وقفه بمحض إرادته؛ ليعبّر به عن رغبته ومقاصده في الكيفية التي ينشأ بها وقفه ، والنظام الذي يتّبع فيه من تولّي شؤونه وتوزيع ريعه [٢].

إذا شرط الواقف في وقفه ما لا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية، وبما لا يضر في مصلحة الوقف، أو الموقوف عليهم، وجب على ناظر الوقف اتباع شرطه وتنفيذه، فقد اعتبر الفقهاء شرط الواقف في حكم نص الشارع في وجوب الالتزام[٣]؛ لأنه شرط صحيح ولا يخالف الشرع، وأصل ذلك قول الرسول (ﷺ):" والمسلمون على شروطهم، إلاشرطاً حرّم حلالا ، أو أحلّ حراما"[٤].

---

(١) قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي، رقم(١٤٠) ، لسنة ٢٠٠٤، (ثانيا).

(٢) شلبي، مرجع سابق، ص١٤٥ .

(٣) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، (٤/ ٣٤٣)، الدردير، الشرح الصغير، (٤/ ١١٩)، شلبي، مرجع سابق، ص١٤٥.

(٤) أخرجه الترمذي في سننه، كتاب أبواب الأحكام، باب: ما ذكر عن رسول الله" ﷺ" في الصلح بين الناس، حديث رقم(١٣٦٣)، وقال عنه الترمذي:هذا حديث حسن صحيح.

ما عليه العمل في القانون المدني الأردني:

جاء في المادة (١٢٤١) :(-١- شرط الواقف كنص الشارع في الفهم والدلالة. ٢-وللمحكمة عند الاقتضاء تفسير شروط الواقف بما يتفق مع مدلولها).

وطبيعة هذه الشروط تعبر عن إرادة الواقف في تعيين المال الموقوف، وواجبات العاملين، وكيفية توزيع الغلة في المصارف المشروعة التي اختارها من أشخاص معينين أو جهات بر[1]، وهي المعروفة بالشروط العشرة عند الحنفية التي للواقف أن يشترطها، وهي:(١و٢-الزيادة في استحقاق الموقوف عليهم أو نقصانه. ٣و٤-أن يدخل في المستحقين من شاء، ويخرج من شاء. ٥و٦-أن يعطي من ريع الوقف من شاء، ويحرم من شاء. ٧و٨-أن يستبدل بعين الوقف عينا أخرى. ٩و١٠-تعديل مصارف غلة الوقف)[2].

وهذا ما جاء في القانون المدني الأردني في المادة (١٢٣٧- ١- إذا أعطى الواقف حين إنشاء الوقف لنفسه او لغيره حق التغيير والتبديل والإعطاء والحرمان والزيادة والنقصان والبدل والاستبدال جاز له أو لذلك الغير استعمال هذا الحق على الوجه المبين في اشهاد الوقف. ٢-يتم الوقف او التغيير في مصارفه وشروطه باشهاد رسمي لدى المحكمة المختصة وفقا للاحكام الشرعية.٣-ويلزم تطبيقا للقانون التسجيل في دائرة تسجيل الاراضي اذا كان الموقوف عقارا) وجاء أيضا في المادة ١٢٣٨ ما نصه: (٢-على انه اذا اقترن الوقف بشرط غير صحيح صح الوقف وبطل الشرط.)

ويفهم من هذا النص إذا اقترن الوقف بشرط مخالف للشرع أو كان فيه تعطيل لمصلحة الوقف أو تفويت لمصلحة الموقوف عليهم. صح الوقف وبطل الشرط فمثال الشرط الذي يخالف الشرع: اشتراط الواقف استثمار غلة الوقف بالطرق المحرمة

---

(١) الجبوري، مرجع سابق، ص٥٢، شلبي، مرجع سابق، ص١٤٦

(٢) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، (٣/ ٣٨٨)

شرعا كالربا[١] ومثال الشرط الذي فيه تعطيل لمصلحة الوقف أو تفويت لمصلحة الموقوف عليهم :اشتراط الواقف عدم تعمير الوقف، إذا احتاج إلى تعمير ، فهذا الشرط باطل؛لأن الواجب في الوقف أن يبدأ من غلته بعمارته صيانة لعين الوقف ، ولاستمرار منافعه ولمصلحة الموقوف عليهم[٢].

رابعاً: استبدال الوقف:

يقصد بالاستبدال في الوقف: (إخراج العين الموقوفة عن جهة وقفها ببيعها، وشراء عين أخرى بدلا منها، وذلك لتحقيق مصلحة الوقف)[٣].

اختلف الفقهاء في استبدال الوقف على النحو الآتي:

أولاً: الحنفية[٤] ذكروا ثلاث حالات للاستبدال:

الأولى : أن يشترطه الواقف لنفسه فقط أو لغيره فقط ، أو لهما معاً ، فحينئذٍ يكون الاستبدال جائزاً لمن شرط له ، ومثال ذلك:أن يقول الواقف هذه أرضي موقوفة لله تعالى أبدا على أن أبيعها وأشتري بثمنها أرضا أخرى.

والثانية : أن لا يشترطه وإنما يسكت عنه ، ولكن الوقف صار خرابا لا ينتفع به أو لا يفي بمؤنته فهنا يجوز الاستبدال إذا أذن القاضي ورأى فيه المصلحة .

والثالثة : أن لا يشترطه، والوقف عامر إلا أنّ بدله خير منه ريعاً ونفعاً فلا يجوز استبداله عند جمهور الحنفية؛ لئلا يتخذ ذلك ذريعة لضياع الأوقاف، ولا ضرورة .

وذهب الإمام أبو يوسف من الحنفية إلى جواز ذلك لما فيه من نفع للوقف

(١) الجبوري، مرجع سابق، ص٤٩، شلبي، مرجع سابق، ص١٤٥ .

(٢) الجبوري، مرجع سابق، ص٤٩، شلبي، مرجع سابق، ص١٤٧ .

(٣) هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعايير الشرعية، ص٤٤٩.

(٤) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، (٤/ ٣٦٨) .

ولكن بشروط هي[١]:

١ .أن لا يكون في الاستبدال غبن فاحش لجهة الوقف .

٢. أن لا يكون في الاستبدال تغرير وغش .

٣. أن لا يكون في الاستبدال تهمة، أي بأن لا يكون هناك قرائن تدل على وجود محاباة، أو تحقيق مصالح للقيّم، أو لأقاربه.

٤. أن لا يتّم الاستبدال بدين مؤجل، لاحتمال ضياعه بسبب المماطلة، أو عدم القدرة على الأداء، أما إذا وجدت مصلحة في الاستبدال بالدين على ملئ غير مماطل فلا مانع منه.

٥.أن يكون الاستبدال إمّا بنقد يشتري به وقف آخر، أو بعقار ليحل محله، حفاظاً على الوقفحتى لا يسهل أكلها.

٦.أن يتم البيع عن طريق قاضي الجنة حسب تعبير الحنفية (أي القاضي العادل).[٢]

ثانياً: ذهب المالكية[٣] والشافعية[٤] إلى جواز الاستبدال إذا اشترطه الواقف عملا بشرطه، وأمّا إذا لم يشترطه الواقف فلا يجوز بيع الموقوف وإن صار خراباً؛ ولكن المالكية استثنوا من المنع:بيع الدور الموقوفة للمصلحة العامة كتوسيع مسجد، وكذلك أثاث المسجد الذي استهلك يباع ويصرف ثمنها في مصالح المسجد ونحوهما[٥].

---

(١) المصدر نفسه، الصفحة نفسها.

(٢) القرة داغي، علي، تنمية موارد الوقف والحفاظ عليها، ص١٥ .

(٣) الدردير، الشرح الصغير، (٤/ ١٢٦ وما بعدها) .

(٤) الشربيني، مغني المحتاج، (٢/ ٣٩١ وما بعدها).

(٥) الدردير، الشرح الصغير، (٤/ ١٢٨) .

ثالثا: ذهب الحنابلة [١] الى جواز الاستبدال في حال خراب الوقف وتعطل منافعه، ولكنهم لم يجوزوا استبداله إذا كان الوقف عامرا ولكن للاكثار من الغلة؛ لأنّ الأصل تحريم البيع وإنما البيع للضرورة.

وبالنظر الى آراء المذاهب الفقهية السابقة نلحظ أنّ (المذهب الحنفي أوسع المذاهب في جواز استبدال الوقف، فأجاز ذلك في معظم الحالات مادام يحقق مصلحة للوقف خاصة إذا تعذر الانتفاع بالوقف كاملاً، أو بما لا يفي بمؤونته، لكن مع إذن القاضي احتياطاً للوقف، ومنعاً من سوء التصرف مِن الاستبدال، وجرى العمل على مذهبهم في كثير من البلاد، ومنع المالكية الاستبدال إلا في حالات الضرورة القصوى، ومنعوا استبدال المسجد نهائياً وكذا العقار الذي له غلة إلا للمصالح العامة كتوسيع مسجد أو مقبرة أو طريق عام. وكذلك منع الشافعية الاستبدال، وتشددوا في المنع خشية أن يؤدي إلى ضياع الوقف حتى في حال عدم الصلاحية إلا بالاستهلاك، وتوسط الحنابلة بجواز الاستبدال).[٢]

ما عليه العمل في القانون المدني الأردني:

جاء في المادة (١٢٤٣) ما نصه. (٢. يجوز استبدال العقار الموقوف عند وجود المسوغ الشرعي بإذن المحكمة.)

خامساً: استثمار الوقف:

الفرع الأول: معنى استثمار الوقف :

مركب إضافي مكون من كلمتين(استثمار) و(الوقف)، ومن أجل معرفته بوضوح لا بد من بيان كل من:

(١) ابن قدامة، المغني، (٨/ ٢٢٣)

(٢) الزحيلي، الاستثمار المعاصر للوقف، ص١٣، بتصرف .

أولاً: المعنى اللغوي للاستثمار.

ثانياً: المعنى الاصطلاحي للاستثمار.

وأما الوقف فقد ذكرنا معناه اللغوي، واتجاهات الفقهاء في بيان معناه الاصطلاحي في الفصل الأول من هذا الباب.

أولاً: المعنى اللغوي للاستثمار: الاستثمار في اللغة: مصدر الفعل استثمر، (والالف والسين والتاء) حروف زيادة تفيد الطلب، من الجذر الثلاثي: (ثمر) – بفتح الميم-أي : نضج وكمل ، وثمّر –بتشديد الميم- أي: كثّر ونمّى ، فالاستثمار لغة يعني: طلب الثمر، وتكثيره، وتنميته[١]. والاستغلال موافق لمعنى الاستثمار؛ لأن الاستغلال هو طلب الحصول على الغلة، والاستثمار طلب الحصول على الثمرة[٢].

ثانياً: المعنى الاصطلاحي للاستثمار: تنمية المال بسائر الطرق المشروعة[٣]

ويقصد بمصطلح استثمار أموال الوقف (باعتباره مركباً إضافياً): (تنمية الأموال الوقفية سواء أكانت أصولاً أم ريعاً بوسائل استثمارية مباحة شرعاً)[٤].

الفرع الثاني: ضوابط استثمار الوقف في الفقه الإسلامي:

ولما كان الاستثمار المعاصر للوقف بحاجة إلى ضوابط؛ فقد عقد مجمع الفقه الإسلاميالدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي المنعقد في دورته الخامسة عشرة بمسقط (سلطنة عُمان) ١٤ - ١٩ المحرم ١٤٢٥هـ، الموافق ٦ – ١١ آذار (مارس) ٢٠٠٤م (بشأن الاستثمار في الوقف)

(١) ابن منظور، لسان العرب، (٤/ ١٠٦) بتصرف .

(٢) الزحيلي، محمد، الاستثمار المعاصر للوقف، ص٨ .

(٣) المرجع السابق، ص٦.

(٤) قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي، رقم(١٤٠) ، لسنة ٢٠٠٤(أولا/ ١).

وبعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بهذا الخصوص، واستماعه إلى المناقشات التي دارت حوله، وبالرجوع إلى قرارات وتوصيات الندوات والمؤتمرات التي عقدت لهذا الغرض، فقرر ما يلي:

(يجب عند استثمار أموال الوقف مراعاة الضوابط الآتية:

أ-أن تكون صيغ الاستثمار مشروعة وفي مجال مشروع.

ب-مراعاة تنوع مجالات الاستثمار لتقليل المخاطر وأخذ الضمانات والكفالات، وتوثيق العقود، والقيام بدراسات الجدوى الاقتصادية اللازمة للمشروعات الاستثمارية.

ج-اختيار وسائل الاستثمار الأكثر أماناً وتجنب الاستثمارات ذات المخاطر العالية بما يقتضيه العرف التجاري والاستثماري.

د- ينبغي استثمار أموال الوقف بالصيغ المشروعة الملائمة لنوع المال الموقوف بما يحقق مصلحة الوقف، وبما يحافظ على الأصل الموقوف، ومصالح الموقوف عليهم. وعلى هذا، فإذا كانت الأصول الموقوفة أعياناً فإن استثمارها يكون بما لا يؤدي إلى زوال ملكيتها، وإن كانت نقوداً فيمكن أن تستثمر بجميع وسائل الاستثمار المشروعة كالمضاربة والمرابحة والاستصناع.. الخ.

هـ-الإفصاح دورياً عن عمليات الاستثمار ونشر المعلومات والإعلان عنها حسب الأعراف الجارية في هذا الشأن.)[1].

الفرع الثالث: طرق استثمار الوقف القديمة والمعاصرة:

يقول الأستاذ الدكتور محمد الزحيلي: (إن وسائل الاستثمار عامة متنوعة، وتختلف بحسب المال المستثمر، وبحسب الأماكن، وتطور الزمان. وكان الاستثمار في العهود

(١) قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي، رقم(١٤٠)، لسنة ٢٠٠٤، (أولا/ ٩).

الأولى محصوراً بأنواع محددة، ومع مرور الأيام ابتكر العلماء ونظّار الوقف وسائل جديدة لاستثمار الوقف حسب الحاجة، لأن الحاجة أم الاختراع. وفي العصر الحاضر أوجد العلماء والمفكرون والفقهاء وسائل حديثة ومتطورة لاستثمار الوقف، وحقق نتائج باهرة، ولا يزال الابتكار مستمراً، والتطور قائماً.)[١]

ولا أريد ذكر الطرق جميعها؛ خشية أن يطول الشرح والتفصيل، فنقع بالإسهاب والاستطراد؛ لذا سأقتصر على ذكر نماذج منها:

أولاً : الإجارة :

وهي الطريقة القديمة والمعاصرة، وهي الأكثر شيوعاً في عقارات الأوقاف، سواء كانت أبنية أم أرضاً، والإجارة مشروعة باتفاق الفقهاء[٢]، وتحقق الهدف من الوقف بحبس الأصل وبقاء العين، ثم الحصول على الأجرة والثمرة، لينتفع بها الموقوف عليهم[٣].

ثانياً: المغارسة و المزارعة:

وهي أن تتفق إدارة الوقف مع طرف آخر ليقوم بغرس الأرض الموقوفة، أو زرعها على أن يكون الناتج بينهما حسب الاتفاق إما بالنصف، أو نحوه[٤].

ثالثاً: التمويل بالمرابحة :

وذلك بأن تتفق وزارة الأوقاف مع جهة ممولة على إقامة مبان ومنشآت على

---

(١) الزحيلي ، مرجع سابق، ص١٠.

(٢) ابن قدامة، المغني، (٨/ ٦).

(٣) المرجع السابق ، الصفحة نفسها، القرة داغي، علي، استثمار الوقف وطرقه القديمة والحديثة(ص١٦ وما بعدها).

(٤) الزحيلي ، مرجع سابق، ص١٤ وما بعدها، القرة، مرجع سابق، ص٣٠.

قطعة أرض وقفية، ويتم الاتفاق مبدئياً على كلفة البناء، ونسبة الربح للممول، ثم تقوم الوزارة بتسديد هذه القيمة للممول على أقساط من دخل هذا المشروع، مع تقديم الضمانات اللازمة لتسديد القيمة، ويكون البناء للأوقاف تستفيد مبدئياً من جزء من أجرته وريعه، ثم يصبح البناء والدخل كاملاً للأوقاف[1].

(١)السعد والعمري، الاتجاهات المعاصرة في تطوير الاستثمار الوقفي، ص١٣٩، الزحيلي، مرجع سابق، ص١٩.

المبحث الثاني

الوديعة

المطلب الأول تعريف الوديعة ومشروعيتها

أ- الوديعة لغة[١]:

الوديعة على وزن فعيلة أصلها ودع بمعنى ترك.

ومنه قوله ﷺ: (لينتهين أقوام عن ودعهم الجماعات أو ليختمن الله على قلوبهم ثم ليكونن من الغافلين)[٢].

يقال أودعت فلاناً واستودعته مالا أي دفعته ليكون عنده وديعة.

يقول الشاعر:

استودع العلم قرطاساً فضيعه   فبئس مستودع العلم القراطيس

وقد تطلق الوديعة على كل ما يمنحه الله للإنسان من كل شيء كان كولد ومال ومنه قول الشاعر:

وما المال والأهلون إلا ودائع   فلا بد يوماً أن ترد الودائع

ب- الوديعة اصطلاحاً:

عرفت الوديعة عند الفقهاء بتعريفات متقاربة في الألفاظ والمعاني.

---

(١) الفيومي – المصباح المنير، ابن فارس – معجم مقاييس اللغة مادة ودع، الهروي – فتح باب العناية ٢/ ٤٥٦، الشيباني – تبيين المسالك ٤/ ٩٤.

(٢) ابن ماجة – سنن ابن ماجه – كتاب المساجد ح"٧٩٤"

فهي عند الحنفية "أمانة تركت للحفظ"(١).

وهي عند المالكية "مال موكل على حفظ".

وعرفت عند الشافعية بأنها "توكيل في حفظ مملوك أو محترم على وجه مخصوص" .

كما عرفت عند الحنابلة بأنها "اسم للمال المدفوع إلى من يحفظه بلا عوض".

وأما في القانون فقد ورد تعريف كل من الإيداع والوديعة في المادة ٨٦٨ وهذا نصها:

١-الإيداع عقد يخول به المودع شخصاً آخر حفظ ماله ويلزم هذا الشخص بحفظ هذا المال ورده عيناً.

٢-والوديعة هي المال المودع عند أمين لحفظه.

ج- مشروعية الوديعة:

إن أصل مشروعية الوديعة مستند إلى آيات من كتاب الله عز وجل وأحاديث من هدي رسول الله ﷺ ومستند أيضاً إلى إجماع الأمة فالله سبحانه يقول: ﴿ ۞ إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُكُمۡ أَن تُؤَدُّواْ ٱلۡأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهۡلِهَا ﴾ [النساء: ٥٨].

ومعروف أن أداء الأمانة لا يكون إلا بعد وضع الوديعة.

ويقول عز وجل: ﴿فَلۡيُؤَدِّ ٱلَّذِي ٱؤۡتُمِنَ أَمَٰنَتَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٨٣].

ويقول عز وجل: ﴿ ۞ وَمِنۡ أَهۡلِ ٱلۡكِتَٰبِ مَنۡ إِن تَأۡمَنۡهُ بِقِنطَارٖ يُؤَدِّهِۦٓ إِلَيۡكَ ﴾ [آل عمران: ٧٥].

وقال عليه الصلاة والسلام في الحديث الذي يرويه أبو هريرة رضي الله عنه (أد الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك)(٢).

---

(١) الهروي – فتح باب العناية ٢/ ٤٥٦.

(٢) أبو داود، سنن أبي داود، كتاب أبواب الإجارة ح٣٥٣٥، الترمذي، سنن الترمذي، كتاب البيوع ح ١٢٦٤. قال الترمذي: هذا حديث حسن غريب.

وقد ورد عن النبي ﷺ أنه كانت عنده ودائع فلما أراد الهجرة أودعها عند أم أيمن وأمر علياً أن يردها على أهلها)[١].

وأما دليل المشروعية من الإجماع فهو أن الناس بحاجة إليها لأنه يتعذر على جميعهم حفظ أموالهم بأنفسهم وهم بحاجة إلى وضعها أحياناً عند من يثقون بدينه وأمانته ولذا فإن العلماء مجمعون على جوازها كما يقول ابن قدامة[٢].

يقول العمراني[٣] "وأما الإجماع فإن الأمة أجمعت على جواز الإيداع".

المطلب الثاني – أركان الوديعة وشروطها

الوديعة عقد من العقود الجائزة ويستحب في العموم لمن طلب منه حفظها الاستجابة لما طلب منه لما في ذلك من التيسير على الناس وقضاء حوائجهم ومساعدتهم في حفظ أموالهم[٤].

ويرى صاحب البيان أن الناس في قبولهم حفظ الوديعة أصناف ثلاثة:

أ- صنف واثق بنفسه وقدرته على الحفظ وعدم التفريط لكنه لا يخشى من ضياع المال إذا لم يقبل حفظه فهذا يستحب له قبول الوديعة، لقوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ﴾ [المائدة: ٢] وقبوله ليس واجباً لعدم الضرورة.

ب- صنف القبول في حقه واجب إذا لم يوجد غيره من يصلح للحفظ وهو يعلم أن في عدم قبوله هلاكاً وضياعاً للمال وفي هذه الحالة فإنه يأثم بعدم القبول لتقصيره في حفظ مال الغير مع قدرته على ذلك.

---

(١) البيهقي، السنن الكبرى، كتاب الوديعة، باب ما جاء في الترغيب في أداء الأمانات.

(٢) المغني ٢/ ١٥٥٥.

(٣) البيان ٦/ ٤٧٢.

(٤) ابن قدامة – المغني ٢/ ١٥٥٥.

ج- صنف يكره له قبول الوديعة لعلمه بحاله أنه غير قادر على الحفظ أو أنه يخشى على نفسه الطمع في المال وخيانته فإن قبل الحفظ فإنه يلزم ولا يضمن إلا بالتعدي.

والوديعة لا تتحقق إلا بتوافر أركانها وشروطها وهي الصيغة - المودِع - المودَع - المال المودع (الوديعة).

أ- الصيغة:

يرى الحنفية أن ركن الوديعة الوحيد هو الصيغة "الإيجاب والقبول" كأن يقول صاحب المال لغيره أودعتك هذا الشيء أو خذ هذا الشيء وأحفظه عندك ويقبل الآخر، وبالقبض حقيقة أو حكماً تتم الوديعة(١).

والذي عليه جمهور الفقهاء أن التلفظ بالصيغة ليس شرطاً وعليه فإن قام شخص بوضع متاعه عند شخص آخر وتركه وذهب فضاع المال فإن المودع عنده ضامن لأن رؤيته للمتاع وسكوته علامة على رضاه وقبوله بترك المتاع عنده(٢).

وما عليه الشافعية هو أن الوديعة لا تنعقد إلا بالإيجاب بالقول والقبول بالقول والعمل(٣).

ب- المودِع:

يشترط في المودع أن يكون أهلاً للتصرف في المال فلا يصح إيداع الصبي والمجنون والسفيه والمحجور عليه لكن الحنفية والحنابلة ذهبوا إلى جواز إيداع الصبي المأذون له بالتجارة لأن الإيداع من توابعها، يقول الصاوي (فالإيداع نوع

---

(١) الكاساني - بدائع الصنائع ٦/ ٣١٦.

(٢) القليصي - فقه المعاملات المالية ٢/ ٢١١ الشيباني - تبيين المسالك ٤/ ٩٥.

(٣) العمراني - البيان ٦/ ٤٧٥.

خاص من التوكيل لأنه توكيل على خصوص حفظ المال وإذا علمت أن الإيداع توكيل خاص تعلم أن كل من جاز له أن يوكل وهو البائع العاقل الرشيد جاز له أن يودع ومن جاز له أن يتوكل جاز له أن يقبل الوديعة(١).

ج- المودع:

يشترط في المودع أن يكون عاقلاً بالغاً غير محجور عليه لأن حكم عقد الوديعة لزوم الحفظ والصبي والمجنون والمحجور عليه لا قدرة عندهم على الحفظ وهم بحاجة إلى من يحفظ لهم أموالهم، غير أن الحنفية لا يشترطون بلوغ المودع فأجازوا قبول الوديعة من الصبي المأذون لأنه من أهل الحفظ(٢).

د- الوديعة (المال المودع):

"يشترط في الوديعة أن تكون مالاً محترماً منتفعاً به وما لم يكن كذلك فلا يجب حفظ ولا ضمان على من أتلفه(٣).

كما يشترط في الوديعة أن تكون مما هو قابل للإثبات فلا يصح إيداع مال الضمان.

ما عليه القانون:

نصت المادة ٨٦٩ على أنه "يشترط لصحة العقد أن تكون الوديعة مالاً قابلاً لإثبات اليد عليه".

ونصت المادة ٨٧٠ على أنه "يتم الإيداع بقبض الوديعة حقيقة أو حكماً.

---

(١) حاشية الصاوي على الشرح الصغير ٤/ ١٩٤.

(٢) المراجع السابقة.

(٣) المراجع السابقة.

المطلب الثالث في بعض أحكام الوديعة

أولاً: وجوب حفظها:

الوديعة عقد جائز بين المودع والمودع وحكمها لزوم حفظها لمالكها؛ لأن الإيداع من جانبه استحفاظ، ومن جانب المودع التزام الحفظ لأنه من أهل الالتزام وقد رضي بالإيداع عنده.

ويتحقق الحفظ بما تحفظ به الوديعة وفيما تحفظ فيه، فالذي عليه جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة[1] أن للمودع أن يحفظ الوديعة بنفسه، لأن المالك رضي بأمانته وأنه يجوز له أن يحفظها عند من يحفظ ماله عندهم كالعيال والزوجة، ولا ضمان عليه في هذه الحالة؛ لأن الإنسان لا يلزم في العادة بحفظ مال غيره إلا بما يحفظ به ماله وهو يحفظ ماله بيده ويد عياله فله أن يحفظ الوديعة عندهم، لأن ما لا يرضاه لحفظ ماله يجب أن لا يرضاه لحفظ مال غيره، وليس له أن يحفظ عند غيرهم إلا لعذر من سفر أو خوف ظاهر بين لتعين هذا الطريق لحفظها.

والذي عليه الشافعية في وجه أنه ليس للمودع أن يودع عند غيره لغير ضرورة وإن فعل ذلك فهو ضامن سواء أودعها للحاكم أو لزوجته أو لمن يحفظ عندهم المال، وفي وجه آخر عندهم أنه إذا أودعها الحاكم حال غياب المالك أو وكيله من غير ضرورة فإنه لا يضمن[2].

وإن كانت الوديعة مطلقة فإن على المودع حفظها في حرز أمثالها من دار أو صندوق وليس له حفظها في حرز دونه إلا لضرورة، وليس له أن يحفظها في حرز

---

(١) الكاساني – بدائع الصنائع ٦/ ٣١٧، ابن عبد البر – الكافي ٢/ ١٨٨، القاضي عبد الوهاب – المعونة ٢/ ٢٠٤، ابن النجار – منتهى الإرادات ٣/ ٥٥.

(٢) العمراني – البيان ٦/ ٤٧٨.

غيره لأنه لا يملكه[١].

أما إذا اشترط المالك حرزاً معيناً لحفظها فعلى المودع التقيد به وليس له نقلها منه إلا إذا خشي هلاكها أو تلفها وعندها يجوز النقل لأن الحفظ لا يتحقق إلا به[٢].

ومما يتعلق بحفظ الوديعة جواز أو منع السفر بها حيث ذهب الحنفية إلى القول بجواز سفر المودع بها إذا كان الطريق آمناً وسواء كان لها حمل ومؤونة أم لا على رأي أبي حنيفة خلافاً لقول الصاحبين بأن المودع لا يسافر بها إن كان لها حمل أو مؤونة[٣].

والذي عليه جمهور فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة[٤] هو القول بعدم جواز سفر المودع بالوديعة من غير ضرورة فإن سافر بها فهو ضامن سواء كان الطريق آمناً أو غير آمن لأن أمن السفر غير مضمون.

فإن أراد سفراً فعليه رد الوديعة عند الشافعية[٥] إلى مالكها إن كان موجوداً، لأن عقدها جائز وله فسخه متى شاء وله وضعها عند وكيله أو عند من يحفظ ماله عندهم على رأي الحنابلة.

وإن لم يتمكن من ردها كان له وضعها على رأي المالكية عند ثقة مأمون ولا ضمان عليه ولا يسافر بها لتعين الحفظ بهذه الوسيلة.

---

(١) ابن رشد – بداية المجتهد ٤/ ١٥٠٢، ابن النجار – منتهى الإرادات ٣/ ٢٥٥، العمراني – البيان ٦/ ٤٧٨.

(٢) العمراني – البيان ٦/ ٤٧٨.

(٣) الكاساني – بدائع الصنائع ٦/ ٣١٧.

(٤) الكاساني – بدائع الصنائع ٦/ ٣١٧.

(٥) ابن عبد البر – الكافي ٢/ ١٨٨، العمراني البيان ٦/ ٤٧٧، ابن النجار – منتهى الإرادات ٣/ ٢٥٦.

وقد ذهب الشافعية والحنابلة إلى جواز السفر بالوديعة إذا لم يجد المالك ولم يجد ثقة أميناً يودعها عنده فإن فعل ذلك لا يكون ضامناً(١) واشترط الحنابلة للسفر في مثل هذه الحالة أن لا يكون قد نهي عن السفر بالوديعة جاء في البيان(٢) (وذكر الشيخ أبو إسحق في المهذب "إذا أراد السفر ولم يجد المالك ولا وكيله ولا الحاكم ولا الأمين لزمه أن يسافر بها لأن السفر فيه هذه الحال أحوط".

ما عليه القانون: نصت المادة ٨٧٢ على ما يلي:

الوديعة أمانة في يد المودع عنده وعليه ضمانها إذا هلكت بتعديه أو بتقصيره في حفظها ما لم يتفق على غير ذلك.

ونصت المادة ٨٧٣/ ١- على أنه يجب على المودع أن يعني بحفظ الوديعة عناية الشخص العادي بحفظ ماله وعليه أن يضعها في حرز مثلها.

٢- وله أن يحفظها بنفسه أو بمن يأتمنه على حفظ ماله ممن يعولهم.

كما نصت المادة ٨٧٤/ ١ على أنه ليس للمودع عنده أن يودع الوديعة عند غيره بدون إذن من المودع إلا إذا كان مضطراً وعليه استعادتها بعد زوال السبب.

٢/ فإذا أودعها لدى غيره بإذن من المودع تحلل من التزامه وأصبح الغير هو المودع لديه".

ثانيًا- ضمانها ووجوب ردها لصاحبها:

إن يد المودع يد أمانة وعليه رد الوديعة إذا طلبها صاحبها لقوله تعالى: ﴿ ۞ إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُكُمۡ أَن تُؤَدُّواْ ٱلۡأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهۡلِهَا ﴾ [النساء: ٥٨] ولو حبسها بعد الطلب

---

(١) ابن النجار – منتهى الإرادات ٣/ ٢٥٨.

(٢) العمراني ٦/ ٤٨٣.

فهلكت أو ضاعت فإنه ضامن[١].

ولا يتحقق رد الوديعة إلا بتسليمها لمالكها وهذا هو منطوق الآية الكريمة حتى لو جاء المودع بها فوضعها في منزل صاحبها أو أعطاها لمن هم في عيال المالك دخلت في ضمانه.

وأما إذا فقدت الوديعة أو تلفت بغير تعد ولا تقصير من المودع فإنه لا يضمن وهذا مروي عن أبي بكر وعمر وعلي وابن مسعود ولا مخالف لهم من الصحابة ودليل ذلك قوله ﷺ: (ليس على المستعير غير المغل الضمان وليس على المستودع غير المغل الضمان)[٢] ولقوله ﷺ في حديث عمرو بن شعيب: (من أودع وديعة فلا ضمان عليه)[٣].

ولأنه لو وجب على المودع الضمان من غير تعد لامتنع الناس عن قبول الوديعة وفي مثل هذا حرج وضيق على عليهم. ولأن يده يد المالك وهلاكها في يده كهلاكها في يد المالك.

يقول ابن رشد[٤] (وبالجملة فالفقهاء يرون بأجمعهم أنه لا ضمان على صاحب الوديعة إلا أن يتعدى ويختلفون في أشياء هل هي تعد أم ليس بتعد).

والمودع لا يضمن بغير تعد ولو شرط عليه الضمان وهذا ما عليه جمهور الفقهاء لأن ما كان أصله الأمانة لا يصير مضموناً بالشرط كالمضاربة ومال الشركة والرهن

---

(١) الكاساني – بدائع الصنائع ٦/ ٣٢٣، العمراني – البيان ٦/ ٤٥٦، الدردير، الشرح الصغير ٤/ ١٩٤، ابن النجار – منتهى الإرادات ٣/ ٦٥.

(٢) البيهقي – السنن الكبرى- كتاب الوديعة- باب لا ضمان على مؤتمن، الدارقطني: السنن ٣/ ٤٥٦حديث رقم(٢٩٦١) وقال: (عَمْرٌو وَعُبَيْدَةُ ضَعِيفَانِ ، وَإِنَّمَا يُرْوَى عَنْ شُرَيْحٍ الْقَاضِي غَيْرُ مَرْفُوعٍ).

(٣) ابن ماجة – سنن ابن ماجة كتاب الصدقات باب الوديعة ، ح(٢٤٠١).وقال الألباني: حسن.

(٤) ابن رشد ، بداية المجتهد ٤/ ١٥٠١.

وما كان أصله الضمان لا يصير أمانة بالشرط[١].

ما عليه القانون:

نصت المادة ٨٧٦ على ما يلي "على المودع لديه رد الوديعة وتسليمها إلى المودع في مكان إيداعها عند طلبها إلا إذا تضمن العقد شرطاً فيه مصلحة للمتعاقدين أو لأحدهما فإنه يجب مراعاة الشرط.

ثالثًا: اختلاف المودع مع المودع في هلاك الوديعة أو ردها:

إذا ادعى المودع هلاك الوديعة أو ضياعها أو أنه قام بردها وادعى المودع استهلاكها أو عدم ردها فالقول قول المودع لأن المالك يدعي على المودع أمراً عارضاً وهو التعدي والأصل فيه العدم والمودع مستصحب لحالة الأمانة وهو متمسك بالأصل فكان القول قوله بيمينه فيستحلف دفعاً للتهمة[٢].

يقول صاحب المغني " والمودع أمين والقول قوله فيما يدعيه من تلف الوديعة بغير خلاف قال ابن المنذر أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على أن المودع إذا أحرز الوديعة ثم ذكر أنها ضاعت أن القول قوله وقال أكثرهم مع يمينه، وإن ادعى ردها على صاحبها فالقول قوله مع يمينه أيضاً وبه قال النووي وإسحاق وأصحاب الرأي"[٣].

وعند المالكية "يصدق المودع إن ادعى أنه رد الوديعة لربها وعليه يمين سواء كان متهماً أم لا إلا إذا أودعها ربها ببينة قصد به التوثق فلا يقبل من المودع ردها إلا ببينة وفي ذلك يقول ابن عاصم:

---

(١) العمراني – البيان ٦/ ٤٥٦ – ابن قدامة – المغني ١/ ١٥٥٥.

(٢) الكاساني – بدائع الصنائع ٦/ ٣٢٤.

(٣) ابن قدامة ١/ ١٥٦١.

والقول قول مودع فيما تلف | وفي ادعاء ردها مع الحلف
ما لم يكن يقبضه ببينة | فلا غنى في الرد أن يبينه

وقيل إن القول قوله ولو قبضها ببينة وهو قول مروي عن ابن القاسم قال في القوانين وبه قال أبو حنيفة والشافعي وأحمد"(١).

وأما إذا ادعى المودع رد الوديعة بعد جحده لها فإن ادعاءه بالرد لا يقبل لأنه اعترف على نفسه بالكذب ولأن يده بالجحود تحولت إلى يد ضمان(٢).

يقول صاحب المغني(٣): "وإذا طالبه بالوديعة فقال ما أودعتني ثم قال ضاعت من حرز كان ضامناً لأنه خرج من حال الأمانة".

رابعًا: تحول يد الوديع من يد أمانة إلى يد ضمان:

الأصل في يد الوديع باتفاق الفقهاء أنها يد أمانة بغير تعد ولا تقصير لكن قد يعتريها ما يغير وصفها من يد أمانة إلى يد ضمان في حالات منها:-(٤).

١- ترك حفظ الوديعة لأن المودع التزم بحفظها ولو تركها حتى هلكت أو سرقت فإنه ضامن كما لو رأى إنساناً يقوم بسرقتها وهو قادر على منعه ولم يفعل فإنه ضامن لتقصيره في الحفظ.

٢- الانتفاع بالوديعة كأن كانت الوديعة سيارة فقام باستعمالها بغير إذن فهو ضامن وكذا لو أودع ثوباً فلبسه فإنه ضامن وكذا لو أودع مالاً فأخرجه وانتفع به.

٣-جحود الوديعة عند طلبها حتى لو قامت البينة على الإيداع أو نكل المودع

---

(١) الشيباني – تبيين المسالك ٤/ ١٠٢.

(٢) الكاساني – بدائع الصنائع ٦/ ٣٢٥، القليصي – فقه المعاملات ٢/ ٢٢١.

(٣) ابن قدامة ١/ ١٥٦٠.

(٤) الكاساني – بدائع الصنائع ٦/ ٣٢٦، العمراني – البيان ٦/ ٤٦٤، ابن قدامة – المغني ١/ ١٥٦٣.

عن اليمين فإن يده تنقلب إلى يد ضمان لأن المودع لما جحد الوديعة عند حضور المالك انفسخ العقد فبقي مال الغير في يده بدون إذن صاحبه فيكون مضموناً.

المطلب الرابع: انتهاء عقد الوديعة

عرفنا بأن الوديعة عقد جائز بين طرفين المودع والمودع عنده وعليه فإنها تنتهي في الحالات التالية:

١- رغبة كل من المودع أو المودع عنده إنهاء عقد الوديعة ولكل منهما حق الإنهاء في أي وقت شاء.

٢- موت المودع أو المودع عنده فإن مات المودع فعلى ورثته رد الوديعة إلى مالكها لأنه ائتمنها عند شخص بعينه وإن مات المودع فعلى المودع عنده ردها إلى ورثته.

٣- طروء عارض من عوارض الأهلية على المودع أو المودع عنده أو على أحدهما.

يقول العمراني: قال المسعودي: والوديعة من العقود الجائزة لكل واحد منهما أن يفسخها متى شاء فإن مات أحدهما أو أغمي عليه أو جن أو حجر عليه لسفه انفسخت الوديعة؛ لأنها عقد جائز ... فإن حدث ذلك بالمالك فعلى المودع رد الوديعة إلى الوارث أو إلى الولي فإن أمسكها بعد تمكنه من الرد ضمنها، لأنا قد حكمنا بانفساخ الوديعة، وإن حدث ذلك للمودع فعلى وارثه رد الوديعة لأن مالكها لم يرض بأمانة غير المودع".

ما عليه القانون:

نصت المادة ٨٩٢/ ١ على أن لكل من المودع والمودع عنده فسخ العقد متى شاء وعلى أن لا يكون الفسخ في وقت غير مناسب.

ونصت المادة ٨٩٢/ ٢ على ما يلي (وأما إذا كان الإيداع مقابل أجر فليس لأي منهما حق الإنهاء قبل حلول الأجل ولكن للمودع أن يطلب رد الوديعة في أي

وقت إذا دفع كامل الأجر المتبقي عليه ولم يوجد شرط يحول دون ذلك.

ونصت المادة ٨٩٣/ ١ على أنه إذا عرض للمودع عنده جنون لا ترجى إفاقته أو صحوه منه وأثبت المودع الوديعة في مواجهة الولي أو الوصي فإن كانت موجودة عيناً ترد إلى صاحبها، وإن كانت غير موجودة يستوفي المودع ضمانها من مال المجنون على أن يقدم كفيلاً مليئاً.

المادة ٨٩٣/ ٢ "وإذا أفاق المودع عنده وادعى ردها أو هلاكها بدون تعد ولا تقصير صدق بيمينه واسترد من المودع أو كفيله ما أخذ من ماله بدلاً من الوديعة".

المبحث الثالث

العارية

المطلب الأول: تعريف العارية لغة واصطلاحًا

أولاً: العارية لغة:

اسم لما يعار وهي مأخوذة من عور بمعنى تداول.

يقال تعاور الشيء واعتوره بمعنى تداوله.

ويقال أعرته الشيء إعارة وعارة مثل أطعته إطاعة وطاعة.

واستعرت منه الشيء فأعارنيه.

تقول العرب هم يتعاورن العواري ويتعورونها بالواو إذا عار بعضهم بعضا والعارية تكون بتشديد الياء وقد تخفف في الشعر والجمع العواري وقال الجوهري كأنها منسوبة إلى العار لأن طلبها عار وعيب واعترض عليه بأنها لو كانت عيبًا لما فعلها رسول الله عليه الصلاة والسلام[١].

ثانيًا: العارية اصطلاحًا:

عرفت العارية عند الفقهاء بتعريفات متقاربة لفظا ومعنى حيث عرفها الحنفية[٢] بأنها "تمليك نفع بلا عوض" وقال الكرخي أنها إباحة الانتفاع لا تمليك المنفعة لأن المستعير لا يملك الإجارة من غيره ومن ملك شيئاً ملك تمليكه ورد عليه بأن المستعير لا يملك الإجارة لما فيها من إلحاق ضرر بالمعير لأن ملك المستعير المنافع على وجه يتمكن معه من استرداد الشيء المعار متى شاء ولو ملك

---

(١) الفيومي – المصباح المنير مادة عور، الشربيني – مغني المحتاج ٤/ ٣٥٦.

(٢) الهروي – فتح باب العناية ٢/ ٤٢٨.

المستعير الإجارة لما تمكن المعير من ذلك(١).

وعرفها المالكية بأنها تمليك نفع بغير عوض(٢). وقد عرفت عند الشافعية(٣) بأنها " إباحة الانتفاع بما يحل الانتفاع به مع بقاء عينه".

وعرفها الحنابلة(٤) بأنها "إباحة الانتفاع بعين من أعيان المال".

ويلاحظ أن تعريفات الفقهاء للإعارة قد أخرجت البيع والهبة لأنها تمليك عين كما أخرجت الإجارة لأنها تمليك نفع بعوض وأخرجت القرض لأنه دين.

وأما القانون في المادة ٧٦٠ فقد فرق بين تعريف الإعارة والعارية فالإعارة هي تمليك الغير منفعة شيء بغير عوض لمدة معينة أو لغرض معين على أن يرده بعد الاستعمال واما العارية فهي الشيء الذي ملكت منفعته.

المطلب الثاني: مشروعية الإعارة وحكمها

أولاً: مشروعية الإعارة:

الإعارة مشروعة بالكتاب والسنة والإجماع.

أما من الكتاب ففي قوله تعالى: ﴿وَيَمْنَعُونَ ٱلْمَاعُونَ ۝٧﴾ [الماعون: ٧].

ووجه الدلالة في الآية أن الله عز وجل قد ذم على منع الماعون وهو عدم إعارته وعليه فإن الإعارة في الأصل تكون مشروعة ومحمودة لما فيها من التيسير ورفع الحرج على عباد الله، والماعون ما يتعاطاه الناس بينهم كما يقول ابن عباس وفسر بأنه القدر والدلو والفأس وأشباه ذلك(٥).

---

(١) المرجع السابق ٢/ ٤٢٨.

(٢) الشيباني – تبيين المسالك ٤/ ١٠٦.

(٣) الشربيني – مغني المحتاج ٤/ ٣٥٦.

(٤) ابن قدامة المغني ١/ ١١٥٧.

(٥) ابن العربي – أحكام القرآن ٤/ ٣٣٤.

أما من السنة فقد ثبتت مشروعية العارية بأحاديث منها:

١-ما رواه البخاري في حديث أنس (كان فزع بالمدينة فاستعار النبي ﷺ فرسًا من أبي طلحة يقال له المندوب فركبه فلما رجع قال ما رأينا من شيء وإن وجدنا لبحرا)[١].

٢-إن الرسول ﷺ " استعار من صفوان بن أمية أدراعًا يوم حنين"[٢].

٣-ما رواه أبو أمامة قال سمعت النبي ﷺ يقول في الخطبة عام حجة الوداع (العارية مؤداة – والمنحة مردودة، والدين مقضي، والزعيم غارم)[٣].

٤-ما روي عن عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها أنها قالت وعليها درع قطر عن خمسة دراهم.. كان لي منهن درع على عهد رسول الله ﷺ فما كانت امرأة تُقيّن[٤] بالمدينة إلا أرسلت إلي تستعيره"[٥]

وأما ثبوت مشروعية العارية بالإجماع فقد نص الفقهاء[٦] عليه لأن فيها نوعًا من أنواع التعاون وتبادل المنافع بين أفراد المجتمع.

ثانيًا: حكم العارية:

الفقهاء مجمعون على جواز العارية واستحبابها لأنها من أفعال الخير والله تعالى يقول: ﴿ وَٱفۡعَلُواْ ٱلۡخَيۡرَ لَعَلَّكُمۡ تُفۡلِحُونَ ۩ ﴿٧٧﴾ ﴾ [الحج: ٧٧] ولأنها إعانة للآخرين والله سبحانه يقول: ﴿وَتَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلۡبِرِّ وَٱلتَّقۡوَىٰۖ﴾ [المائدة: ٢] ولأنه لما جازت

---

(١) البخاري – صحيح البخاري – كتاب الهبة ح/ ٢٦٢٧.

(٢) أبو داود – سنن أبي داود ح "٣٥٦٢".

(٣) الترمذي – سنن الترمذي الوصية (ح ٢١٢٠).

(٤) تُقَين تزين لعرسها.

(٥) البخاري – صحيح البخاري – كتاب الهبة/ ح ٢٦٢٨.

(٦) ابن ضويان – منار السبيل ١/ ٤٥٩، ابن قدامة المغني ١/ ١١٥٧.

هبة الأعيان جازت هبة المنافع[١].

يقول ابن العربي[٢] في تفسيره لسورة الماعون " وعلى قدر الماعون والحاجة إليه يكون الذم في منعه إلا أن الذم إنما هو على منع الواجب والعارية ليست بواجبة على التفصيل بل إنها واجبة على الجملة والويل لا يكون إلا لمن منع الواجب" ويقول الزركشي[٣] " والقياس أن العارية لا تجب عينا".

وإذا كان الإجماع على جواز العارية واستحبابها فإنها تكون واجبة أحيانًا كوجوب إعارة حبل لإنقاذ غريق، أو إعارة سكين لذبح حيوان مشرف على الهلاك أو إعارة ثوب لإنسان دفعا لشدة حر أو برد كما أنها تحرم إذا كان فيها تحايل على التخلص، من محظور كإعارة الصيد من المحرم[٤].

المطلب الثالث: أركان العارية وشروطها

لا تتم العارية إلا بتوافر أركانها وشروطها الأربعة: الصيغة – المعير – المستعير – المستعار.

الصيغة (الإيجاب والقبول):

هي الركن الوحيد عند الحنفية ويتحقق عندهم بالإيجاب وأما القبول فليس بركن استحسانا والقياس أنه ركن وهو قول زفر كما هو الحال في الهبة وعليه لو أن شخصًا حلف أن يعير أخًا له دارًا ليسكنها فلم يقبل فإنه يحنث استحسانا لا قياسًا.

---

(١) العمراني – البيان ٦/ ٥٠٧، ابن قدامة – المغني ١/ ٧٠٧.

(٢) أحكام القرآن ٤/ ٣٣٤.

(٣) الشربيني – مغني المحتاج ٤/ ٣٥٦.

(٤) المصدر السابق ٤/ ٣٥٦.

والإيجاب يكون بلفظ أعرتك وهو صريح في الإعارة ويكون بلفظ منحتك والمنحة في معنى الإعارة لأنها عطية ترد بعد الانتفاع بها لقوله ﷺ: (المنحة مردودة ومنحة الأرض زراعتها)[(١)].

والصيغة عند المالكية والحنابلة تكون بلفظ أعرتك وتصح بالقول والفعل الدال عليه[(٢)].

والصحيح عند الشافعية أن الصيغة لا تكون إلا باللفظ مثل أعرتك وأعرني ويكتفي فيها باللفظ من أحد الطرفين والفعل من الآخر كما هو الحال في إباحة الطعام ولا يشترط في اللفظ أن يكون من المعير[(٣)].

المعير:

لما كانت الإعارة تصرفًا بالمال فإنه يشترط فيها ما يلي:

أ-أن يكون المعير مكلفًا عاقلاً بالغًا لكن الحنفية لا يشترطون البلوغ ويجيزون للصبي المأذون له بالتجارة الإعارة؛ لأنها من توابعها ومن يملكها يملك توابعها.

ولا تصح الإعارة من مجنون ولا سفيه أو محجور عليه أو مريض.

ب-الاختيار: يشترط في المعير أن يكون مختارًا فلا تصح الإعارة مع الإكراه لأنه عيب من عيوب الإرادة.

ج- ملك المنفعة: يشترط الشافعية في المعير أن يكون مالكًا للمنفعة ولو بوصية أو وقف وإن لم يملك العين.

---

(١) الكاساني – بدائع الصنائع ٦/ ٣٢٧، الهروي – فتح باب العناية ٢/ ٤٧٤.

(٢) الدردير –الشرح الصغير ٤/ ٢١٨، الشيباني– تبيين المسالك ٤/ ١٠٩ – ابن قدامه – المغني ١/ ١١٥٨.

(٣) الشربيني/ مغني المحتاج ٢/ ٣٥٦.

المستعير:

يشترط في المستعير أن يكون أهلاً للتبرع عليه فلا تصح إعارة الصبي والمجنون ولا تصح إعارة مصحف لكافر ولا سلاح لحربي ولا صيد لمحرم.

المستعار (العين المعارة):

يشترط في المستعار أن يكون مما ينتفع به مع بقاء عينه كإعارة دار للسكن أو ثوب للباسه أو سيارة لركوبها لأن مآل العارية ردها إلى صاحبها ولا يتحقق هذا دون بقاء العين.

وعليه لا تصح إعارة ما لا يمكن الانتفاع به إلا بذهاب عينه كالطعام والنقود لعدم التمكن من رد الطعام، وأما النقود فإن إعارتها قرض لتبدل أعيانها بالانتفاع بها(١).

من شروط الإعارة في القانون:

نصت المادة ٧٦٢ من القانون على ما يلي:

" يشترط في الشيء المعار أن يكون معيناً صالحاً للانتفاع به مع بقاء عينه ".

المطلب الثالث: إعارة العارية وتأجيرها وإيداعها

اتفق الفقهاء على أن العارية لا تتم إلا بالقبض وهذا ما أخذ به القانون حيث نصت المادة "٨٥٠" على أنه تتم الإعارة بقبض الشيء المعار وأنه لا أثر للإعارة قبل القبض".

فإذا ما تم قبض العارية فهل يجوز للمستعير أن يعيرها أو يؤجرها أو يقوم

---

(١) الشربيني مغني المحتاج – ٢/ ٣٠٦ – ابن قدامه – المغني ١/ ١١٥٨.

بإيداعها عند الغير؟.

الخلاف في هذه المسألة عائد إلى توصيف العارية وهل هي تمليك للمنافع وإذا كانت كذلك فهل هو تمليك لا زم؟ أم أن العارية إباحة للمنافع وليست تمليكا لها.

فالحنفية يرون أن الإعارة تمليك غير لازم للمنافع وعليه فإنه يجوز للمستعير أن يعير الشيء المعار له إذا كانت الإعارة مطلقة ولا يختلف استعمالها باختلاف المستعمل؛ لأن إطلاق العقد يستلزم ثبوت الملك للمستعير؛ ولأن المعير قد مكنه من الاستفادة لنفسه، والتمكين على هذا الشكل يكون تمليكًا لا إباحة، لكنهم لا يجيزون تأجير العارية لأن الإجارة عقد لازم فإن قام المستعير بتأجيرها فإنه يكون ضامنا لأنه سلم مال الغير دون إذن صاحبه فصار غاصبًا والغاصب ضامن.

والحنفية في رواية عندهم يرون جواز قيام المستعير بإيداع العارية لأنه يملك الإعارة والإيداع دونها وفي رواية يرون عدم الجواز ومن يفعل ذلك فإنه ضامن[١].

وأما المالكية فإنهم يرون جواز إعارة الشيء المستعار ويجيزون تأجيره لأن العارية عندهم تمليك للمنافع ومن ملك المنافع جاز له تمليكها. ومقتضى القياس على الوديعة عندهم جواز إيداع العارية عند أهله ممن اعتاد الإيداع عندهم وعدم جواز إيداعها عند غيرهم إلا لضرورة كهدم بيت أو سفر طارئ حالة عدم تمكنه من رد العارية إلى مالكها[٢].

والذي عليه الشافعية أن مؤدى العارية إباحة الانتفاع بالعين المعارة لا تملكها وعليه فإنهم لا يجيزون تأجيرها لأن الإجارة عقد معاوضة ولا تصح إلا بما يملك، والمنافع في الإعارة ملك لصاحبها لا للمستعير فلا يملك تمليكها.

---

(١) الكاساني – بدائع الصنائع ٦/ ٣٢٩.

(٢) القاضي عبد الوهاب – المعونة ٢/ ١٢١٠، الشيباني – تبيين المسالك ٤/ ١٠٠، ١١٢.

وأما إعارة المستعار فروايتان عندهم الراجح منها عدم الجواز، لأن المالك أباح للمستعير الانتفاع فلا يملك إباحته لغيره كما لو أبيح طعام فليس للمباح له أن يبيحه لغيره خلافا للمستأجر فإنه يملك المنافع فجاز له تمليكها لغيره[١].

وقد ذهب الحنابلة إلى ما ذهب إليه الشافعية فيما يتعلق بإعارة وتأجير العين المستعارة، لكنهم أجازوا إعارة وإجارة الشيء المستعار إذا أذن المعير بذلك وعندها تجوز الإعارة مطلقًا أما الإجارة فإنها تكون مؤقتة لمدة معلومة وليس للمالك الرجوع في المعار قبل انتهاء مدة الإجارة لأنها عقد لازم[٢].

ما عليه العمل في القانون:

نصت المادة "٧٧٤" على أنه " لا يجوز للمستعير بدون إذن المعير أن يتصرف في العارية تصرفًا يرتب لأحد حقًا في منفعتها أو عينها بإعارة أو رهن أو إجارة أو غير ذلك".

كما نصت المادة "٧٧٥" على أنه يجوز للمستعير أن يودع العارية لدى شخص أمين قادر على حفظها ولا يضمنها إذا هلكت عنده دون تعد أو تقصير".

ويعد ما عليه القانون أخذا بما ذهب إليه الحنابلة وغيرهم فيما يتعلق بإجارة العارية أو إعارتها أو إيداعها عند الغير.

---

(١) العمراني – البيان ٦/ ٥١٨.

(٢) ابن قدامة – المغني ١/ ١١٥٨، ابن ضويان – منار السبيل ١/ ٤٣١.

المطلب الرابع
الرجوع في الأرض المعارة للزرع أو البناء أو الغرس

الأصل عدم الرجوع في الأرض المعارة لزرع أو بناء أو غرس إذا كان سببًا في إلحاق ضرر بالمستعير(١) وللفقهاء تفصيل في هذه المسألة:

١-فالذي عليه الحنفية أن ملك المستعير للمنافع ملك غير لازم لأنه لا يقابله عوض، وعليه فإن للمعير أن يرجع في العارية سواء كانت مطلقة أم مقيدة ولو أن أحدًا أعار أرضه لبناء عليها أو غرس فيها وكانت الإعارة مطلقة فإن له أن يرجع فيها ولا يتحمل ضرر قلع الغرس أو هدم البناء؛ لأن المستعير لم يتقيد بإطلاق الإعارة وحملها على الأبد، وأما إذا كانت الإعارة مقيدة بوقت فليس للمعير أن يرجع فيها وليس له أن يجبر المستعير على القلع أو الهدم بل يخير بين تضمين صاحب الأرض قيمة ما غرسه وبناه وترك هذا كله لصاحب الأرض - لأنه كان سببا في تغريره فكان ضامنا فيما تسبب فيه - وبين أخذ ما غرسه وبناه ولا شيء على المعير. وهذا الخيار مشروط بأن لا يكون مضرًا بالأرض وإلا فالخيار للمالك؛ لأن الأرض أصل والبناء تابع.

٢-أما إذا كانت الإعارة للزراعة فليس للمعير الرجوع وإنما تترك الأرض بيد المستعير إلى حين الحصاد استحسانًا، لأن مراعاة المعير والمستعير واجبة وذلك ممكن في الزرع لأن لحصاده وقتا معلومًا خلافا للغرس والبناء(٢).

٣-وأما المالكية فالأصل عندهم عدم الرجوع في العارية لكنهم يفرقون بين العارية المقيدة والعارية المطلقة، فإن كانت مقيدة فليس للمعير الرجوع فيها قبل انتهاء الأجل، لأنها أصبحت حقًا للمستعير، وأما إذا كانت مطلقة فليس للمعير

(١) ابن قدامة – المغني ١/ ١١٦٠.

(٢) الكاساني – بدائع الصنائع ٦/ ٣٣٢، الهروي – فتح باب العناية ٢/ ٤٥٤.

الرجوع فيها إلا بعد انتفاع المستعير بها انتفاع مثلها من العواري.

ويرى الإمام مالك أن مستعير الأرض إذا قام بالبناء أو الغرس وكانت الإعارة مؤقتة.

وانقضت المدة بالشرط أو العرف، فإن المعير بالخيار إن شاء طالب إزالة البناء وقلع الغرس وإن شاء أعطى المستعير قيمته مقلوعا أو منقوضًا إذا كان مما له قيمة بعد القلع أو النقض وليس للمعير إخراجه قبل انقضاء المدة.

لكن المالكية يرون أن من أعار أرضًا لبناء محدد على أنه إذا انقضى الأجل كانت الأرض وما بني عليه لصاحبها المعير فذلك جائز وهو من باب الإجارة لا من باب العارية(١).

٤-وأما ما ذهب إليه الشافعية فهو أن من أعار أرضا لبناء أو غرس فيها ثم رجع أو كانت العارية مؤقتة فليس للمستعير أن يبني أو يغرس بعد الرجوع لأنه ملك البناء والغرس بإذن وقد زال فإن غرس أو بنى بعد ذلك فهو غاصب لكنهم تساءلوا عن ضمان المعير في الرجوع قبل انقضاء الأجل فقالوا أن شرط على المستعير قلع البناء والغرس عند الرجوع أو انتهاء الأجل لزمه القلع لأن المسلمين عند شروطهم وليس على المعير ضمان.

وإن لم يكن ثمة شرط فإن كانت قيمة الغرس أو البناء لا تنقص بالإزالة لزم المستعير القلع وإن نقصت القيمة واختار المستعير القلع فله ذلك وليس للمعير منعه لأنه تصرف في عين ماله.

وإن لم يختر المستعير القلع كان المعير بالخيار إما أن يعطي المستعير قيمة الغرس

---

(١) القاضي عبد الوهاب- المعونة ٢/ ١٢١، ابن رشد بداية المجتهد٤/ ٢١٥٠٨، ابن عبد البر- الكافي٢/ ١٩٠.

والبناء، ويقوم بقلعه ويضمن مقدار النقص أو يطالب بأجرة الأرض لأن الضرر في مثل هذه الحالة يزول عن المستعير.

فإن لم يتصرف المعير بواحد من هذه الخيارات فإن المستعير لا يجبر على قلع الغرس وإزالة البناء سواء كانت الإعارة مطلقة أو مقيدة[١].

٥-أما الحنابلة فإنهم يرون أن من أعار أرضه للزراعة وقام المستعير بها فليس للمعير الرجوع فيها قبل حصاد الزرع، وإن أذن للمستعير في البناء أو الغرس وبنى وغرس فإن للمعير حق الرجوع، فإن اختار المستعير أخذ بنائه وغرسه فله ذلك لأنه ملكه فيملك نقله ولا يلزمه إصلاح الأرض لأن المعير رضي بذلك لما أعاره وهو يعلم أن للمستعير حق إزالة ملكه.

وإن امتنع المستعير عن القلع وقام المعير بإعطائه قيمة الغرس والبناء مقابل تملكه أجير المستعير على القبول لأنه رجوع في العارية بغير إضرار ولأن البناء تم بإذن المعير فلا يجبر المستعير على إزالته بغير ضمان.

وإن قال المستعير أنا أدفع قيمة الأرض لتكون لي ويبقى البناء ويبقى الغراس فإنه لا يصح له ذلك لأن الأرض أصل والبناء تابع مثل البيع فإن الغرس والبناء يتبع الأرض ولا تتبعها[٢].

ما عليه العمل في القانون:

نصت المادة ٧٦٩ على ما يلي:

١ - إذا كانت الإعارة مؤقتة بأجل نصاً أو عرفاً فرجع المعير فيها قبل حلول الأجل ولحق المستعير ضرر بسبب ذلك يلزم المعير تعويضه عن ضرره.

---

(١) العمراني – البيان ٦/ ٥٢٠.

(٢) ابن قدامة – المغني ١/ ١١٦٠.

٢ - وإذا كان الرجوع يجعل المستعير في حرج كالرجوع في واسطة النقل المعارة للسفر خلال الطريق أو الرجوع في الأرض المعارة للزرع بعد زرعها قبل الأجل كان للمستعير حق استبقاء العارية إلى أن يزول الحرج لقاء أجر مثلها عن المدة التي تلي الرجوع "

وهاتان المادتان تدلان على أن القانون قد أخذ برأي المالكية في مسألة إعارة الأرض للبناء عليها أو غرس الأشجار فيها.

المطلب الخامس: ضمان العارية

الأصل أن يد المستعير يد أمانة فلا تنقلب إلى يد ضمان إلا بتعد أو تقصير قال ابن المنذر "وأجمعوا على أن المستعير إذا أتلف الشيء المستعار أن عليه ضمان"

وللفقهاء في ضمان العارية ومدى مسؤولية المستعير عنها أقوال:

القول الأول: قول الحنفية وهو أن العارية لا تضمن إن هلكت بغير تعد وهذا القول روي عن علي وابن مسعود والثوري والأوزاعي والنخعي وعمر بن عبد العزيز وغيرهم ودليلهم قوله ﷺ: (ليس على المستعير غير المغل ضمان) (١).

وقوله ﷺ في حديث أبي أمامة (العارية مؤداة والمنحة مردودة) (٢) وما رواه عمر ابن الخطاب بقوله " العارية بمنزلة الوديعة لا ضمان فيها إلا أن يتعدى" وما روى عن علي أنه قال "ليس على صاحب العارية ضمان"(٣).

ثم أنهم قالوا إن العارية بمنزلة الوديعة لا ضمان فيها إلا بالتعدي.

---

(١) الدارقطني، سنن الدارقطني، كتاب البيوع، ح(١٦٨)، الحديث ضعيف، والصحيح أنه موقوف على شريح. انظر: آبادي، التعليق المغني على الدارقطني ٣/ ٤١-٤١.

(٢) سنن تخريجه، ص (١٠٨).

(٣) الهروي – فتح باب العناية ٢/ ٤٥٠.

القول الثاني: قول المالكية: فرق المالكية بين العارية التي يمكن إخفاؤها كالحلي والدراهم وقالوا إن المستعير لا يصدق بادعاء هلاكها ويكون ضامنا لها ولو اشترط عدم الضمان إلا إذا جاء ببينة يوضح فيها سبب الهلاك. أما إذا كانت العارية مما لا يمكن إخفاؤه كالحيوان فإن المستعير لا يضمن إلا إذا ثبت تعديه وتقصيره.

القول الثالث: قول الشافعية والحنابلة وهو أن المستعير ضامن في جميع الأحوال ولو اشترط عدم الضمان يقول الشافعي(١) " وكل عارية مضمونة على المستعير وإن تلفت من غير تفريط. ويقول صاحب المغني(٢) " إن شرط عدم الضمان لم يسقط لأن كل عقد اقتضى الضمان لم يغيره الشرط".

وهذا القول مروي عن ابن عباس وأبي هريرة وعطاء وإسحاق وغيرهم وعمدته قول الرسول ﷺ لصفوان حين استعار منه دروعًا وسئل أغصبًا يا محمد فقال بل عارية مضمونة".

وتضمن العارية على هذا القول بمثلها إن كانت مما يضمن بالمثل وبقيمتها إن كانت مما يضمن بالقيمة(٣).

القول الرابع – وهو رواية عن الإمام أحمد وبه قال قتادة وهو أن المستعير إذا أسقط عدم الضمان فإنه لا يضمن وإلا فهو ضامن.

هذا وقد رجح ابن القيم(٤) القول بعدم التضمين بقوله (والقول بعدم الضمان قوي متجه).

ويظهر أن الخلاف في هذه المسألة عائد إلى فهم قوله عليه الصلاة والسلام "بل

---

(١) العمراني – البيان ٦/ ٥١٠.

(٢) المغني ١/ ١١٦ وانظر – البهوتي – كشاف القناع ٦/ ١٨٥٧.

(٣) العمراني – البيان ٦/ ٥١٠، ابن قدامة المغني ١/ ١١٦٠.

(٤) يسرى السيد – جامع الفقه ٤/ ٥٠٩.

عارية مضمونة" وفي هذا يقول ابن القيم[١].

"ومأخذ المسألة أن قوله ﷺ لصفوان (بل عارية مضمونة) هل أراد به أنها مضمونة بالرد أو بالتلف، أي أضمنها أن تلفت لك أو أضمن لك ردها، وهو يحتمل الأمرين.

أحدها أن في اللفظ الآخر " بل عارية مؤداه"[٢] فهذا يبني أن قوله مضمونة المراد به المضمونة بالأداء.

الثاني أنه لم يسأله عن تلفها وإنما سأله هل تأخذها مني أخذ غصب تحول بيني وبينها؟ فقال لا بل أخذ عارية أؤديها إليك ولو كان سأله عن تلفها وقال أخاف أن تذهب لناسب أن يقول أنا ضامن لها إن تلفت.

الثالث أنه جعل الضمان صفة لها نفسها، ولو كان ضمان تلف لكان الضمان لبدلها، فلما وقع الضمان على ذاتها دل على انه ضمان أداء" .

ما عليه العمل في القانون:

يظهر أن القانون أخذ برأي الحنفية في عدم ضمان العارية إذا هلكت بغير تعد ولا تفريط لكنه أخذ بالرواية المنقولة عن الإمام أحمد وهي أن المستعير ضامن ما لم يشترط لنفسه عدم الضمان ويثبت عدم تعديه[٣].

حيث نصت المادة ٧٦٤ على أن العارية أمانة في يد المستعير فإذا هلكت أو ضاعت أو نقصت قيمتها بلا تعد ولا تقصير فلا ضمان عليه ما لم يتفق على غير ذلك".

---

(١) يسرى السيد – جامع الفقه ٤/ ٥٠١.

(٢) إشارة إلى قوله ﷺ في حديث أبي أمامة "العارية مؤداه" وما ورد في حديث صفوان بن يعلي عن أبيه قال: قال لي رسول الله ﷺ"إذا أتتك رسلي فأعطهم ثلاثين درعًا وثلاثين بعيرًا قال فقلت يا رسول الله أعور مضمونة أو عور مؤداة قال بل مؤداة" سنن أبي داود – أبواب الإجارة ح/ ٣٥٦٦.

(٣) البهوتي – كشاف القناع ٦/ ١٨٦٢.

وما أخذ به القانون هو ما نص عليه ابن القيم[1] بقوله " والقول بعدم الضمان قوي منهجه، وإن كنا لا نقبل قوله في دعوى التلف .. لكن إذا صدقه المالك في التلف بأمر لا ينسب فيه إلى تفريط فعدم التضمين أقوى".

المطلب السادس: انتهاء الإعارة

تنتهي الإعارة وتعود العارية إلى المالك في الحالات التالية[2]:

١- موت المعير وجنونه أو الحجر عليه لسفه ذلك أن الإعارة عقد جائز فتبطل مثلها في ذلك مثل العقود الجائزة.

٢-موت المستعير إذا مات المستعير انفسخت العارية لأن الإذن في الانتفاع إنما كان للمستعير لا لوارثه.

٣- استيفاء الغرض الذي كانت الإعارة من أجله.

٤- انتهاء وقت الإعارة إذا كانت الإعارة مؤقتة فإنها تنتهي بانتهاء الأجل الذي ضربت إليه.

٥- طلب المعير تنتهي الإعارة بطلب العارية من المستعير وعلى المستعير ردها عند الطلب وإلا تحولت يده من أمان إلى يد ضمان ذلك أن الإذن بالانتفاع هو سبب حبس العين المعارة وقد انقطع بالطلب.

ما عليه العمل في القانون:

نصت المادة " ٧٧٧" على ما يلي تنتهي الإعارة:

ينتهي عقد الإعارة بانتهاء الأجل المتفق عليه أو باستيفاء المنفعة محل الإعارة .

---

(١) يسري السيد – جامع الفقه ٤/ ٥٠٩.

(٢) انظر: الكاساني – بدائع الصنائع ٦/ ٣٣٣، الشيباني – تبيين المسالك ٤/ ١١٤، العمراني – البيان ٦/ ٥١٦، البهوتي – كشاف القناع ٦/ ١٨٦٥.

ونصت المادة ٧٧٨ على ما يلي:

«إذا انفسخت الإعارة أو انتهت وجب على المستعير رد العارية إلى صاحبها والامتناع عن استعمالها ما لم يجز القانون استبقاءها.

وإذا انفسخت بموت المستعير لزم الورثة تسليمها إلى المعير عند الطلب».

المبحث الرابع

اللقطة

المطلب الأول – تعريف اللقطة

اللقطة لغة[1]:

اللقطة بسكون القاف هو المال الملتقط.

وأما اللقطة بفتح القاف فإنها تطلق على المال الملتقط الذي يوجد ملقى على الأرض فيؤخذ وهذا قول الأصمعي والفراء وهذا المعني كما يقول الأزهري هو قول جميع أهل اللغة وحذاق النحويين وقد اقتصر عليه أبن فارس. ومنهم من يعد تسكين القاف من لحن العوام.

وقال الخليل اللقطة بالفتح اسم الرجل الملتقط؛ لأن ما جاء على وزن فُعَله فهو اسم الفاعل كقولهم هُمزة ولُمزة.

وذكر بعضهم أن فيها أربع لغات، لقاطه، لُقْطه، ولقطة، ولقط حيث تم نظمها عى النحو التالي:

لقاطة ولُقْطَة ولُقَطَة ولقط لاقط قد لقطه

واللقط بالتحريك ما التقط من الشيء.

والالتقاط هو الحصول على الشيء من غير طلب له ومنه قوله تعالى: (يلتقطه بعض السيارة) والإنسان لاقط ولقاط ولقاطةَ بالهاء يقال في المثل لكل ساقطة لاقطة وقد غلب اسم اللقيط على المولود المنبوذ.

---

(١) ابن منظور – لسان العرب – مادة لقط – الفيومي – المصباح المنير مادة لقط – العمراني – البيان ٧/ ٥١٣، الشربيني – مغني المحتاج ٢/ ٥٥١، ابن قدامة – المغني ٢/ ١٣٥١.

اللقطة اصطلاحاً:

عرفت اللقطة عند الفقهاء بتعريفات متقاربة من حيث المعنى مع التعريف اللغوي وإن أضيفت فيها بعض الشروط وسأكتفي بتعريف المالكية والحنابلة.

عرف المالكية اللقطة "أنها مال محترم شرعًا عرض لضياع"[١] وفي تعريف آخر "كل مال لمسلم معرض للضياع كان ذلك في عامر الأرض أو غامرها والجماد والحيوان في ذلك سواء إلا الإبل باتفاق"[٢].

وعرفها الحنابلة (بأنها المال الضائع من ربه يلتقطه غيره) [٣] وفي تعريف آخر "مال أو مختص ضائع أو في معناه لغير حربي"[٤].

قيود التعريف: المال المحترم الوارد في تعريف المالكية هو مال المسلم أو الذمي أو المعاهد وقد خرج بهذا القيد مال الحربي فإنه ليس بلقطة، وهو لمن وجده لأنه ليس محترمًا وهذا ما نص عليه تعريف الحنابلة وكذلك خرج الركاز لأنه مال غير مملوك وهو لمن وجده أيضًا.

وأما قيد عرض لضياع أي خيف عليه من الضياع وقد خرج به كل ما كان في حرز لأن أخذه سرقة.

شمل تعريف ابن رشد كل ما يلتقط من الجماد والحيوان مستثنياً ضالة الإبل فقط وهذا هو القول المشهور عند المالكية[٥] والوارد عند الحنابلة أن اللقطة مختصة بغير الحيوان فإنه يسمى ضالة[٦].

---

(١) الشيباني – تبيين المسالك ٤/ ٣٠١.

(٢) ابن رشد – بداية المجتهد ٤/ ١٤٨٩.

(٣) ابن قدامة – المغني ١/ ١٣٥٤.

(٤) الكرمي – غاية المنتهى ١/ ٨١٣.

(٥) الشيباني – تبيين المسالك ٤/ ٣٠١.

(٦) البهوتي الروض المربع صـ٤٤٨/ ابن قدامة – المغني ١/ ١٣٤٥.

وهذا ما يقرره الأزهري بقوله "لا يقع اسم الضالة إلا على الحيوان يقال ضل الإنسان والبعير وغيرهما وهي الضوال. أما الأمتعة وما سوى الحيوان فيقال له لقطة ولا يقال ضالة"(١).

المطلب الثاني – مشروعية اللقطة

الأصل المستند إليه في مشروعية اللقطة هو الآيات الدالة على البر والإحسان؛ لأن في أخذها وحفظها وردها لصاحبها إحساناً له وتعاوناً معه على البر والتقوى.

وكذلك الأحاديث الواردة عن رسول الله ﷺ ومنها:

ما رواه زيد بن خالد الجهني أنه قال جاء رجل إلى النبي ﷺ فسأله عن اللقطة فقال: (اعرف عفاصها(٢) ووكاءها(٣) ثم عرفها سنة، فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك بها قال: فضالة الغنم قال: لك أو لأخيك أو للذئب قال: فضالة الإبل؟ قال مالك ولها معها سقاؤها وحذاؤها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يلقاها ربها)(٤).

ما رواه عياض بن حماد قال: قال رسول الله ﷺ: (من وجد لقطة فليشهد ذا عدل أو ذوي عدل ولا يكتم ولا يغيب، فإن وجد صاحبها فليردها وإلا فهو مال الله عز وجل يؤتيه من يشاء)(٥).

---

(١) النووي – شرح النووي على صحيح مسلم ١٢/ ٢٦٤.

(٢) العفاص – هو الظرف الذي يحفظ فيه بمال من جلد أو غيره.

(٣) الوكاء – ما يربط به الظرف.

(٤) صحيح مسلم – كتاب اللقطة ح(١٧٢٢).

(٥) سنن أبي داود – كتاب اللقطة ح(١٧٠٩).

المطلب الثالث- حكم التقاط اللقطة

الفقهاء متفقون على إباحة أخذ اللقطة لمن كان أمينا واثقًا بنفسه وأن جمهورهم يرى أن أخذها أولى من تركها لما فيه من حفظ للمال على خلاف بينهم في شمول اللقطة لضالة الحيوان وهو رأي الحنفية أو عدم شمولها لها وهو رأي جمهور الفقهاء ففي حين حصر عدم جواز الالتقاط بضالة الإبل عند المالكية توسع الشافعية والحنابلة فلم يجيزوا التقاط ضالة الإبل وما في معناها مما يمتنع على صغار السباع.

كما أن الفقهاء متفقون على حرمة أخذ اللقطة إذا لم يكن الواجد لها أمينا على نفسه؛ لأن الأخذ على هذا النحو فيه تضييع للمال. وإليك تفصيل أقوالهم على النحو التالي:

يرى الحنفية أن التقاط اللقطة وأخذها قد يكون مندوبًا وقد يكون مباحًا وقد يكون حرامًا حيث يندب ويستحب أخذها إذا خاف الواجد لها ضياعها لو تركها وتخلى عنها؛ لأن الأخذ في مثل هذه الحالة فيه حفظ للمال وإحياء له.

أما إذا لم يخش الواجد لها ضياعها فإن أخذها مباح ويكون الأخذ حرامًا إذا أراد الملتقط أخذها لنفسه؛ لأنه أخذ للمال بغير إذن صاحبه فيكون في معنى الغصب لقوله ﷺ في حديث زيد الجهني (من آوى ضالة فهو ضال ما لم يعرفها) [(١)].

وحكم الالتقاط عند الحنفية على هذا النحو يتناول ضالة الإبل والبقر والغنم لما روي "أن رجلاً وجد بعيرًا بالحرة فعرفه ثم ذكره لعمر بن الخطاب رضي الله عنه فأمره أن يعرفه فقال الرجل لعمر قد شغلني عن ضيعتي فقال له أرسله حيث وجدته" ولأن الأخذ حال خوف الضياع إحياء لمال المسلم وقد ردوا على من يقول بان ضالة الإبل لا تلتقط استدلالاً بقول الرسول ﷺ حينما سئل عنها (مالك ولها

---

(١) صحيح مسلم كتاب اللقطة – باب لقطة الحاج ح(١٧٢٥).

معها حذاؤها وسقاؤها حتى يلقاها ربها). بأن المراد منه كون صاحبها قريباً منها وهذا مفهوم (حتى يلقاها ربها) وإنما يقال ذلك إذا كان قريبًا والحنفية يقولون بهذا[١].

وذهب المالكية إلى القول بأن الالتقاط واجب إذا لم يعلم الملتقط من نفسه الخيانة وخاف من ضياعها أو تلفها أو نحو ذلك يقول ابن عبد البر[٢] "ليس الأخذ بواجب إلا إذا خشي ضياعها أو تلفها" وهنا ينظر إن كانت اللقطة ذات قيمة تؤخذ ولا تترك وإن كانت شيئا يسيرًا تترك، وإن لم يخف ضياع اللقطة فإنه يكره له التقاطها ولو علم من نفسه الأمانة، أما إذا علم من نفسه الخيانة فإنه يحرم أخذها ولو مع خوف ضياعها[٣] والمشهور عند المالكية[٤] أن التقاط ضالة الإبل غير جائز لما ورد في حديث زيد الجهني من أن رسول الله ﷺ غضب حتى احمرت وجنتاه حينما سئل عنها فقال مالك ولها معها حذاؤها وسقاؤها حتى يلقاها ربها[٥].

أما الحنابلة فقد فرقوا بين ضالة الحيوان التي تمتنع من صغار السباع كالإبل والبقر والخيل والحمير والبغال حيث قالوا بحرمة التقاطها لنهيه ﷺ في الحديث الصحيح الصريح عن التقاط ضالة الإبل ولما روي عن المنذر بن جرير قال كنت مع أبي فراحت البقر فرأى بقرة أنكرها فقال ما هذه قالوا بقرة لحقت بالبقر قال فأمر بها فطردت حتى توارت ثم قال سمعت رسول الله ﷺ يقول لا يؤوي الضالة إلا ضال"[٦].

---

(١) الكاساني – بدائع الصنائع ٦/ ٣٠٤.

(٢) الكافي ٢/ ٢١٨.

(٣) ابن عبد البر الكافي ٢/ ٢١٨، الشيباني – تبيين المسالك ٤/ ٣٠٢.

(٤) الشيباني – تبيين المسالك ٤/ ٣٠٥.

(٥) صحيح مسلم كتاب اللقطة ح(١٧٢٢).

(٦) سنن ابن ماجه – كتاب اللقطة – باب ضالة الإبل والبقر والغنم ح(٢٥٠٣).

وبين ضالة الحيوان التي لا تمتنع من صغار السباع كالغنم والفصلان والعجاجيل فإنه يجوز التقاطها، وكذا بالنسبة للقطة إذا كانت من ذهب أو فضة أو متاع فإنه يجوز التقاطها لمن كان واثقًا بنفسه ومن أمانته وإن كان الأولى والأفضل تركها وعدم التعرض لها كما قال الإمام أحمد وهذا منقول عن ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم.

أما إذا كان الواجد للقطة غير واثق بنفسه فإنه يحرم عليه أخذها لما في الأخذ من تضييع لمال الغير وفي هذه الحالة فإنه يضمنها إذا تلفت بتفريط أو بدون تفريط شأنه في ذلك شأن الغاصب(١).

والذي أراه أن التفريق بين لقطة المال والحيوان إن كان له ما يبرره في العصور السابقة فإنني لا أرى مبررًا للقول به في هذه الأيام التي كثر فيها الفزع وزاد فيها الطمع وإذا كان سيدنا عثمان رضي الله عنه قد أجاز التقاط ضالة الإبل في عصره لما رآه من تغير الناس فإن القول بجواز التقاطها وسائر ضالة الحيوان في هذه الأيام من باب أولى.

المطب الرابع: التعامل مع اللقطة بعد التقاطها

الفرع الأول – رد اللقطة إلى مكانها:

إذا قام الملتقط بأخذ اللقطة ومن ثم قام بردها إلى مكانها فهل له ذلك وهل يكون ضامنًا لها فيما لو هلكت أو ضاعت بعد ذلك أم لا؟

الذي عليه الحنفية في ظاهر الرواية أن آخذ اللقطة إذا قام بردها إلى مكانها لا ضمان عليه لأنه أخذها متبرعًا وهو غير ملزم بذلك، وردها فسخ للتبرع فصار كأنه لم يأخذها.

---

(١) البهوتي – الروض المربع صـ ٤٤٩، ابن ضويان – منار السبيل ١/ ٤٥٩.

هذا الحكم فيمن ردها بعد أخذها بقصد حفظها فضاعت وصدق الأخذ صاحبها أو كذبه وكان الآخذ الملتقط قد أشهد على ذلك حين أخذ اللقطة، فإن لم يشهد فهو ضامن عند أبي حنيفة خلافا للصاحبين اللذين لا يوجبان الضمان لأنهما لا يشترطان الإشهاد بل يريان أن القول قول الملتقط مع يمينه.

وذهب بعض مشايخ الحنفية إلى القول بضمان الآخذ إذا ذهب باللقطة من مكان ثم ردها وخصوا عدم الضمان فيما لو رفعها من المكان فأعادها قبل أن يغادر مكانه:

لكن صاحب البدائع رجح ما جاء في ظاهر الرواية بقوله "وجواب ظاهر الرواية مطلق عن هذا التفصيل مستغن عن هذا التأويل"[١].

وأما المالكية فقد أوجبوا الضمان على من التقط لقطة لحفظها ثم ردها إلى مكانها وهذا قول ابن القاسم وقال أشهب لا يضمن إذا ردها في موضعها فإن ردها في غير موضعها ضمن كالوديعة.

لكنهم قالوا إن أخذها ظانا أنها لقوم رأهم أمامه فلحقهم ولم يتعرفوا عليها فهو مخير بين حفظها أو ردها إلى مكانها ولا ضمان عليه في الرد والقول قول الملتقط في تلفها دون يمين[٢].

أما الشافعية والحنابلة فقد قالوا بضمان آخذ اللقطة إذا ردها بعد أخذها وهم يفرقون بين لقطة المال والمتاع والتقاط ضالة الحيوان الممتنع على صغار السباع حيث يرى الشافعية أن من التقط بنية التملك فقد لزمه الضمان ولا تبرأ ذمته برد اللقطة إلى المكان لأن ما لزمه ضمانه لا يسقط عنه بالرد كما لو غصب شيئا ثم رده فإنه يبقى ضامنا له، لكنه يبرأ من الضمان في الصحيح إذا قام بتسليم اللقطة إلى الحاكم لأن له ولاية على مال الغائب.

---

(١) الكاساني – بدائع الصنائع ٦/ ٣٠٥.

(٢) ابن عبد البر الكافي ٢/ ٢١٨، ابن رشد بداية المجتهد ٤/ ١١٤٩٥.

أما إذا كان الالتقاط متعلقا بضالة الحيوان الممتنع فإن الملتقط مخير بين:

١-التطوع بالإنفاق عليها وحفظها لصاحبها.

٢-القيام بتعريفها حولا وتملكها بعد ذلك.

٣-بيعها والاحتفاظ بثمنها.

٤-أكلها قبل الحول وتعريفها حولا فإن جاء صاحبها فله قيمتها[١].

والحنابلة يرون الضمان لأن الملتقط حينما قام بأخذ اللقطة فقد صارت أمانة في يده، والتفريط فيها تضييع لها مثل الوديعة. ويقولون إنه لا ضمان على من أعاد ضالة الحيوان في الأصل لأن الواجب عليه تركها وشأنها وعدم أخذها للحديث الوارد فيها، لكن صاحب المغني ذكر قولا باحتمال الضمان في مثل هذه الحالة لأن الآخذ ادخلها في ضمانه إلحاقا بما يجوز التقاطه لكنه أي ملتقط الضالة إذا قام بتسليمها إلى الحاكم أو أخبره بها فأمره بردها إلى مكانها فإنه يبرأ من الضمان[٢].

الفرع الثاني - التعريف باللقطة:

اتفق الحنفية والمالكية والحنابلة والشافعية في المعتمد من أقوالهم[٣] على وجوب التعريف باللقطة إذا كانت ذات قيمة، لأن هذا هو منطوق قوله ﷺ في حديث زيد الجهني (ثم عرفها سنة) والأمر للوجوب، لأن إمساكها من غير تعريف بها تضييع لها؛ ولأنه لو لم يكن التعريف واجبا لما جاز التقاطها، ولأن احتمال عودة صاحبها

---

(١) العمراني – البيان ٧/ ٥٤٠.

(٢) ابن قدامة – المغني ٢/ ١٣٥٩، ابن ضويان – منار السبيل ١/ ٤٦٠.

(٣) الكاساني – بدائع الصنائع ٦/ ٣٠٧، الهروي – فتح باب العناية ٢/ ٩٦، الدردير – الشرح الصغير ٤/ ٥٩٥، ابن عبد البر – الكافي ٢/ ٢١٨، النووي – شرح النووي على صحيح مسلم ٢/ ٢٦٥، الشربيني– مغني المحتاج ٢/ ٥٦٤، ابن قدامة – المغني ٢/ ١٣٥٣، ابن ضويان – منار السبيل ١/ ٤٦٢.

إلى مكان فقدها احتمال وارد وهو إما أن يجدها، أو يجد من يعرف بها فيحصل عليها.

وبالتالي فإن أخذها وعدم التعريف بها يفوت على صاحبها الأمرين فيكون حراما لما فيه من تضييع المال على صاحبه(١).

والفقهاء وإن اتفقوا على التعريف باللقطة فقد اختلفوا في مدة التعريف تبعا لقيمة اللقطة فيما لو كانت يسيرة أو كثيرة، وأظهر الأقوال في المسألة هو قول جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة وهو أن لا فرق في مدة التعريف بين يسير اللقطة وكثيره، وأن مدة التعريف سنة من تاريخ الالتقاط؛ لأن حديث الجهني الذي ورد فيه تحديد مدة التعريف بسنة لم يفرق بين القليل والكثير.

هذا إذا كانت اللقطة مما له بقاء ولا يخشى من تغيره وفساده أما إذا كانت مما يتسارع إليه الفساد كالطعام فلا تعرف انتظارًا(٢) لقدوم صاحبها، ولا يمسكها الملتقط بل يخير بين التصدق بها أو أكلها إن كان فقيرًا فإن ظهر صاحبها ضمنها الملتقط إن أكلها، وإن تصدق بها فصاحبها مخير بين الأجر والضمان، وإن تلفت عند الملتقط بغير تقصير فلا ضمان عليه(٣).

أما الحنفية فإنهم يرون أن مدة التعريف مرهونة بقيمة اللقطة فقد تكون سنة وقد تكون شهرًا وقد تكون أيامًا ثلاثة وقد تكون أكثر من ذلك أو أقل(٤) لما رواه أبي بن كعب بقوله أصبت لقطة مائة دينار على عهد رسول الله ﷺ فسألته فقال: (عرفها سنة فعرفتها فلم أجد أحدًا يعرفها، فسألته فقال عرفها فعرفتها فلم أجد أحدًا يعرفها فقال اعرف وكاءها ووعاءها وعددها ثم عرفها سنة، فإن جاء من

---

(١) ابن قدامة – المغني ٢/ ١٣٥٣، العمراني – البيان/ ٥١٩.
(٢) ابن عبد البر – الكافي ٢/ ٢١٨، العمراني – البيان ٧/ ٥١٩، ابن قدامة- المغني ٢/ ١٣٥٣.
(٣) ابن عبد البر – الكافي ٢/ ٢١٩.
(٤) الكاساني – بدائع الصنائع ٦/ ٣٠٧.

يعرفها، وإلا فهي كسبيل مالك. وفي رواية أبي داود"وإلا فاستمتع بها")[١].

والذي أميل إليه هو رأي الحنفية لما ورد عن رسول الله ﷺ في الحديث الذي يرويه أبو يعلي: من التقط لقطة يسيرة حبلاً أو درهماً أو شبه ذلك فليعرفها سنة)[٢].

ولم يفرق الحنفية في وجوب التعريف باللقطة بين كونها مالاً أو حيوانًا لأن اللقطة عندهم تشمل المال وضالة الحيوان.

لكن الإمام مالك ذهب في رواية إلى القول بأن من التقط ضالة الغنم في صحراء خوفًا عليها من السباع لا يعرف بها وهو مخير بين أكلها والتصرف بها لما ورد من قوله ﷺ حينما سئل عن ضالة الغنم (هي لك أو لأخيك أو للذئب) فإن جاء صاحبها فلا ضمان وفي رواية أخرى أن الملتقط ضامن وبها قال بعض أصحابه[٣].

أما من حيث مدة التعريف بضالة الإبل فيقول ابن عبد البر "وتعريف الضالة من الحيوان كله على قدر الاجتهاد، وليس في ذلك عن مالك حد كحد اللقطة وواجدها إذا عرفها واجتهد في ذلك، ولم تعرف تصدق بها إن شاء على أنه يضمنها.

أما الشافعية فقد ذهبوا إلى اللقطة إذا كانت ضالة الحيوان فإن الملتقط إن شاء تطوع بالإنفاق عليه وحفظه لصاحبه، وإن شاء عرفه حولًا وتملكه بعد ذلك، وإن شاء باعه وحفظ ثمنه لصاحبه، وإن شاء أكله قبل الحول وعرفه حولًا فإن جاء صاحبه ضمن له[٤].

ويظهر أن هذا ما عليه الحنابلة حيث ذهبوا إلى أن اللقطة إن كانت حيوانًا ضالًا

---

(١) سنن ابن ماجه – كتاب اللقطة – باب ضالة الإبل والبقر ح(٢٥٠٦)، سنن أبي داود – كتاب اللقطة ح(١٧٠١).

(٢) مسند الإمام أحمد.

(٣) ابن عبد البر – الكافي ٢/ ٢١٨، الدردير – الشرح الصغير ٤/ ٥٩٥.

(٤) العمراني – البيان ٧/ ٥٤١.

فالملتقط مخير بين أكله بقيمته - لقوله ﷺ: (هي لك أو لأخيك أو للذئب وفي هذه الحالة على الملتقط الاحتفاظ بأوصافه حتى إذا ما جاء صاحبه وذكر أوصافه ضمن له القيمة – وبين حفظه لصاحبه والإنفاق عليه[١].

والفقهاء متفقون في هذه المسألة على أن ما ينفقه الملتقط تعريفًا باللقطة وضالة الحيوان فإن يرجع به على صاحبه والملتقط مصدق فيما يدعيه من النفقة إذا كانت ضمن المعروف فإن أتهم حلف يمينًا على صدق ما يدعيه[٢].

الفرع الثالث: كيفية التعريف باللقطة:

تحدث الفقهاء من قبل عن الوسائل المعروفة في أيامهم للتعريف باللقطة بحيث يكون التعريف تعريفًا عامًا لا مفصلاً حتى لا يطمع الذي قلبه مرض ومن هذه الوسائل الإعلان في المكان الذي وجدت فيه وعلى أبواب المساجد وأماكن تواجد الناس كالأسواق وغيرها، لأن المقصود من الإعلان هو إشاعة خبر اللقطة وإظهارها مما يسهل مهمة عودة صاحبها إليها[٣].

ولا يعرف بها داخل المساجد لما رواه أبو هريرة رضي الله عنه بقوله قال رسول الله ﷺ: (من سمع رجلا ينشد ضالة في المسجد فليقل لا ردها الله عليك فإن المساجد لم تبن لهذا) [٤].

ومع التطور المذهل في وسائل الإعلام فإنه يمكن القول بالإعلان عن اللقطة إن كانت ذات قيمة من خلال وسائل الإعلام المقروؤة والمسموعة المرئية لأنها أسهل وأسرع من الطرق التقليدية التي كانت معروفة آنذاك فالخبر من خلالها يصل إلى

---

(١) البهوتي – الروض المربع ٤٤٩.

(٢) ابن عبد البر – الكافي ٢/ ٢٢١، البهوتي – الروض المربع ٤٤٩.

(٣) العمراني – البيان ٧/ ٥٤١.

(٤) البهوتي – الروض المربع ٤٤٩.

أرجاء البلد بل إلى أرجاء المعمورة بوقت قياسي منقطع النظير..

وبالتالي فإنه يمكن إعادة النظر في مدة الإعلان عن طريق هذه الوسائل فليس من اللازم أن نقدر المدة بسنة كما يرى جمهور الفقهاء.

وهناك أمر آخر وهو أن الإعلان بهذه الوسائل إن كانت كلفته عالية فإنه يمكن مراعاة هذا الأمر بالنظر إلى قيمة اللقطة بحيث يمكن حصر الإعلان عنها بالوسائل التقليدية التي ذكرها الفقهاء ويمكن الإعلان عنها عن طريق الصحافة لأنه أقل كلفة من الإعلان بالإذاعة والوسائل المرئية إذا كانت اللقطة ذات قيمة تستحق هذا النوع من الإعلان.

المطلب الخامس: تكييف اللقطة في يد الملتقط وضمانه لها

الفرع الأول: ضمان اللقطة:

الذي عليه الفقهاء أن اللقطة أمانة في يد الملتقط لأنه يده يد أمانة شأنه في ذلك شأن المودع عنده إذا أخذها لحفظها ولا تضمن إلا بالتعدي أو التقصير في الحفظ أما إذا أخذها لنفسه فهو ضامن لها لأنه بمنزلة الغاصب ويد الغاصب يد ضمان وتعرف يد الأمان ويد الضمان عند أبي حنيفة إما بتصديق صاحب اللقطة وإما بالإشهاد[١] عليها يوم التقاطها مستدلا على الأشهاد بقوله ﷺ: (من وجد لقطة فليشهد ذا عدل أو ذوي عدل ولا يكتم ولا يغيب، فإن وجد صاحبها فليردها عليه وإلا فهو مال الله عز وجل يؤتيه من يشاء) [٢] وعند الصاحبين أبي يوسف ومحمد بالتصديق أو اليمين وثمرة الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه أن اللقطة لو

---

(١) فائدة الإشهاد تعود على الملتقط ابتداء لأنه قد يطمع في اللقطة فيكتمها ولا يعرف بها فيكون الإشهاد ما نعا له من مثل هذا التصرف.

(٢) سنن أبي داود – كتاب اللقطة ح"١٧٠٩".

هلكت وجاء صاحبها وصدق الآخذ لها في الأخذ لا يجب عليه الضمان بالإجماع وإن لم يشهد عليها؛ لأن يد الأمانة قد ثبتت بتصديق صاحب اللقطة، وإن كذبه في ذلك فإنه لا يضمن عند الصاحبين أشهد أو لم يشهد والقول قوله بيمينه.

وأما عند أبي حنفية فإنه لا يضمن إذا اشهد على اللقطة، لأن الأشهاد أظهر أن الأخذ كان لصاحبها فظهر أن يده يد أمانة وإن لم يشهد فعليه الضمان.

ووجهة نظر أبي حنفية في هذا أن أخذ مال الغير بدون إذن سبب موجب للضمان إلا إذا كان على سبيل الأمانة فإنه لا يكون سببا في الضمان وهذا يعرف بالأشهاد على الأخذ، فإن لم يشهد لم يعرف كون الأخذ له أو لصاحب اللقطة فيبقى الأخذ سببا موجبا للضمان، وأما وجهة نظر الصاحبين فهي أن الظاهر أن أخذ اللقطة كان لصاحبها لا للأخذ لأن الشرع مكنه من الأخذ فكان تصرفه تصرفًا مشروعًا والقول قوله لكن مع الحلف لأن القول قول الأمين مع اليمين[1].

هذا وقد ذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن الإشهاد على اللقطة حين التقاطها مستحب وليس واجبًا أخذًا بظاهر أحاديث أخرى لم يرو فيها الإشهاد كحديث زيد الجهني وحديث أبي بن كعب ولو كان الإشهاد واجبًا لما جاز تأخير بيانه عن وقت الحاجة [2]، ولأن يد الآخذ لها يد أمانة فلا يجب الإشهاد عليها كالوديعة.

يقول ابن رشد[3] "فإن العلماء اتفقوا على أن من التقطها وأشهد على التقاطها فهلكت عنده أنه غير ضامن، واختلفوا إذا لم يشهد فقال مالك والشافعي وأبو يوسف ومحمد بن الحسن لا ضمان عليه إن لم يضيع وإن لم يشهد وقال أبو حنيفة

---

(١) الكاساني - بدائع الصنائع ٦/ ٣٠٥، الهروي - فتح باب العناية ٢/ ٩٦.

(٢) المصدر السابق.

(٣) المصدر السابق.

وزفر يضمنها إن هلكت ولم يشهد".

وتظهر فائدة الإشهاد في أنها تؤكد أن الملتقط إنما أخذ اللقطة لصاحبها لا لنفسه من ناحية ومن ناحية أخرى فإن الإشهاد على اللقطة يكون مانعاً للملتقط من كتم اللقطة وطمعه فيها.

الفرع الثاني – إعادة اللقطة إلى صاحبها:

إذا جاء صاحب اللقطة وذكر أوصافها وأقام البينة على أنها له فإن على الآخذ ردها له لقوله ﷺ: (فإن جاء صاحبها فعرف عفاصها وعددها ووكاءها فأعطها إياه وإلا فهي لك) وفي رواية فإن جاء صاحبها فأدها إليه) [(١)] وإن لم يقم البينة واكتفى بذكر الأوصاف فإن للملتقط إعطاءه إياه عند الحنفية وله أن يطلب كفيلاً منه خشية مجئ شخص آخر يدعيها ويقيم البينة[(٢)].

ويجوز إعطاؤها لصاحبها عند الشافعية بلا بينة إذا غلب على الملتقط صدق مدعيها بعد ذكر أوصافها[(٣)].

وأما المالكية والحنابلة فإنهم يرون رد اللقطة إلى صاحبها إذا قام بذكر أوصافها ولا حاجة إلى إثباتها بالبينة عندهم لأن أحاديث الآمرة بالرد بعد ذكر الأوصاف لم تذكر البينة[(٤)].

أما إذا انقضت مدة التعريف باللقطة ولم يحضر صاحبها فهو بالخيار عند الحنفية إن شاء أمسكها إلى أن يحضر صاحبها وإن شاء تصدق بها على الفقراء.

---

(١) صحيح مسلم – كتاب اللقطة – باب استحباب إصلاح الحاكم ح(١٧٢٢).

(٢) الكاساني – بدائع الصنائع ٦/ ٣٠٧.

(٣) الشربيني – مغني المحتاج ٢/ ٥٦٤.

(٤) الدردير – الشرح الصغير ٤/ ٥٩٥، ابن عبد البر – الكافي ٢/ ٢١٨، ابن قدامة – المغني ٢/ ١٢٥٦.

ولا يجوز الانتفاع بها إن كان غنيًا، وقد عللوا عدم جواز الانتفاع بها للغني بقولهم إن الانتفاع بمال الغير دون إذنه لا يجوز إلا للضرورة ولا ضرورة في حق الغني، ثم أنهم أولوا قوله ﷺ: (فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك بها بأن الحديث فيه إرشاد وتوجيه لحفظها لأن هذا هو المعروف عند أخذ اللقطة.

فإن تصدق بها الغني وجاء صاحبها فهو بالخيار إن شاء أجاز الصدقة وأقرها وله أجرها وإن شاء ضمن الملتقط لها أو الفقير إن وجده وكانت عين اللقطة قد ذهبت وإلا فهو أحق بها ذلك أن التصدق باللقطة موقوف على إجازة صاحبها.

وإن كان الملتقط فقيرًا فله أن ينفقها على نفسه وله أن يتصدق بها فإن جاء صاحب اللقطة خير بين الأجر وبين تضمين الملتقط(١).

ومذهب المالكية في هذه المسألة قريب من مذهب الحنفية حيث قالوا إن الملتقط بعد انقضاء مدة الإعلان مخير بين حفظها لصاحبها وبين التصدق بها أو أكلها إن كان محتاجًا.

فإن جاء صاحبها استردها بعينها إن كانت قائمة وإن كان الملتقط قد استهلكها بأكل أو نحوه فإنه ضامن وإن تصدق بها فصاحبها مخير بين الأجر وأخذ الضمان(٢).

أما الشافعية والحنابلة فقد ذهبوا إلى القول بأن للملتقط تملك اللقطة إذا انقضت مدة الإعلان عنها وهي سنة سواء كان الملتقط غنيًا أو فقيرًا لظاهر حديث رسول الله ﷺ: (فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك بها) و في رواية "فاستنفقها" وفي رواية "فهي كسبيل مالك" ولا يجوز للملتقط في هذه الحالة التصدق بها إلا بعد حفظ أوصافها نوعًا وجنسا ومقدارًا وبعد أن يحفظ وكاءها ووعاءها إن وجدت في

---

(١) الكاساني – بدائع الصنائع ٦/ ٣٠٧، الهروي – فتح باب العناية ٢/ ٩٦.

(٢) ابن عبد البر – الكافي ٢/ ٢١٩، الدردير – الشرح الصغير ٤/ ٥١٨، صحيح مسلم – كتاب اللقطة ح(١٧٢٢).

وعاء فإن جاء صاحبها بعد تملكها وذكر أوصافها استردها بعينها إن كانت قائمة لقوله ﷺ في حديث الجهني: (ولتكن وديعة عندك فإن جاء طالبها يومًا من الدهر فأدها إليه)، وإن كانت قد تلفت بعد التملك فإن الملتقط ضامن ويضمن قيمتها يوم عرفها ربها وإن كانت مثليه يضمن مثلها[١].

المطلب السادس: لقطة الحرم

ورد في الصحيح قوله عليه الصلاة والسلام (لا يلتقط لقطة إلا من عرفها)[٢].

وقوله ﷺ في رواية أخرى: (لا تحل ساقطتها إلا لمنشد)[٣].

وثبت عنه عليه الصلاة والسلام أنه (نهى عن لقطة الحاج)[٤].

وبناء على هذه الأحاديث اتفق جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية على أن لقطة الحرم لا تحل إلا لمن أخذها قاصدًا حفظها لصاحبها، وأنها لا تملك، وإن اختلفوا في مدة التعريف حيث ذهب الشافعية إلى عدم تحديدها بسنة. وأما الحنابلة فقد قالوا إن لقطة الحرم وغيره سواء، وسبب الخلاف عائد إلى فهم الأحاديث الواردة عنه ﷺ وإليك البيان:

رأي الحنفية:

يقول صاحب البدائع[٥] وكل جواب عرفته في لقطة الحل فهو الجواب في لقطة الحرم يصنع بها ما يصنع بلقط الحل من التعريف وغيره، وكلام صاحب البدائع هذا

---

(١) النووي - شرح النووي على صحيح مسلم ١٢/ ٢٦٥، الشربيني - مغني المحتاج ٢/ ٥٦٦، الكرمي - غاية المنتهي ٢/ ٨١٧، البهوتي - الروض المربع ٤٤٩.

(٢) صحيح مسلم - كتاب الحج - باب تحريم مكة وصيدها ح(١٣٥٣).

(٣) المرجع السابق ح(١٣٥٥).

(٤) المرجع السابق كتاب اللقطة - باب لقطة الحاج ح(١٧٢٤).

(٥) الكاساني ٦/ ٣٠٧.

لا يتعارض مع قوله ﷺ: (لا تحل ساقطتها إلا لمنشد)، لأنهم يقولون بموجبه فاللقطة لا تحل إلا للتعريف بها وهذا حال كل لقطة عند الحنفية لكن خصص الحرم بهذا الحكم لأن صاحب اللقطة لا يوجد في العادة فتبين أن عدم وجوده لا يسقط التعريف بها.

وكلام صاحب البدائع من ناحية أخرى يعني جواز الانتفاع بها أو التصدق بها إذا كان الملتقط فقيرًا ومثل هذا التصرف غير جائز في حق الغني كما هو شأن التصرف في لقطة غير الحرم) (١).

رأي المالكية:

يرى المالكية أن لقطة الحرم لا تحل لمن يريد تملكها بدون تعريف بل إنها لا تؤخذ إلا للتعريف بها . وسبب تنبيه الشارع على هذا الحكم وتخصصيه بلقطة مكة وهو عام فيها وفي غيرها هو أن لقطة الحرم توجد كثيرًا في الحرم لاجتماع الناس فيه من كل فج والغالب أن الحاج لا يعود لطلب اللقطة إن كان من أهل الآفاق فيصير الأخذ لها آخذا لنفسه لا محالة فخص النبي ﷺ الحرم لهذا المعنى وغلظ فيه(٢).

رأي الشافعية:

الصحيح عند الشافعية أن لقطة الحج لا تملك وإنها لا تحل إلا لمنشدها ومنشدها هو الذي يأخذها ليعرف بها لكنهم لم يوقتوا لها في التعريف سنة كغيرها من اللقط وعدم التوقيت مستفاد من تفريقه عليه الصلاة والسلام بين لقطة الحرم ولقطة غيره بقوله: (لا يلتقط لقطه إلا من عرفها) حيث دل على أنه ﷺ أراد

(١) الكاساني – بدائع الصنائع ٤/ ٣٠٧.

(٢) الصاوي – حاشية الصاوي على الشرح الصغير ٤/ ٥٩٨.

التعريف بها على الدوام وإلا فلا فائدة في التخصيص[١].

والمعروف عند الشافعية في لقطة غير الحرم أنهم يرون تملكها والانتفاع بها إذا انقضت مدة التعريف سواء كان الملتقط غنيًا أو فقيرًا وهذا ما بينته من قبل.

رأي الحنابلة:

يقول صاحب المغني (ظاهر كلام الإمام أحمد أن لقطة الحرم والحل سواء). وفي رواية عنه (لا يجوز التقاط لقطة الحرم للتملك وأنه يجوز حفظها لصاحبها، فإن التقطها عرفها حتى يأتي صاحبها. لقوله ﷺ: (لا تحل ساقطتها إلا لمنشد).

يقول ابن قدامة[٢] (ووجه الرواية الأولى أنها أمانة فلم يختلف حكمها بالحل والحرام كالوديعة وقول النبي ﷺ: (إلا لمنشد) يحتمل أنه يريد إلا لمن عرفها عامًا وتخصيصها بذلك لتأكيدها لا لتخصيصها)

وظاهر كلام الإمام أحمد الذي ذكره ابن قدامة فيه دلالة واضحة على أن لقط الحرم تملك كغيرها من اللقط، وأن للملتقط الانتفاع بها أو التصدق بها بعد انقضاء مدة التعريف سواء كان غنيًا أو فقيرًا كما هو حال واجد اللقطة خارج الحرم[٣].

(١) الشربيني – مغني المحتاج ٢/ ٥٦٦.

(٢) المغني ٢/ ١٣٥٦.

(٣) الذي أراه أنه يمكن القول بإعادة النظر في شأن الإعلان عن لقطة الحرم لوجود إدارة خاصة بشؤونه في هذه الأيام ومن أقسام هذه الإدارة قسم خاص بالمفقودات وهذا القسم يقوم بالإعلان عن كل ما يستلمه من مفقودات ولقط. والحجاج يقومون بمراجعة هذا القسم باستمرار ولذلك أقول إن من وجد لقطة في الحرم عليه إن يبادر إلى تسليمها إلى القسم المختص في إدارة شؤون الحرم تبرئة للذمة خاصة وأن أكثر الحجاج يعودون إلى ديارهم بعد انتهاء المناسك – والله أعلم –.

المبحث الخامس

اللقيط

يحظى موضوع اللقيط على اهتمام كبير ويدخل في بعض أحواله تحت مسمى مجهولي النسب، ويرتكز الاهتمام به على منحه الجنسية في البلد الذي وجد فيه ودعم الجمعيات التي تقوم برعايته وتعليمه وإعطائه كامل حقوقه وعدم تمييزه سلبيا عن غيره، ويسجل اهتمام الشريعة الإسلامية باللقيط وتشريعها أحكاما تفصيلية متكاملة لصالحه سبقا وتقدما للشريعة الإسلامية على غيرها من الشرائع الأخرى والأنظمة الوضعية.

كما ويسجل قصور القوانين الوضعية في تقنين الأحكام المتعلق به بما فيها قوانين الأحوال الشخصية ويبقى الفقه الإسلامي هو المعين الثر الذي توسع في أحكامه مما يجعله مرجعا غنيا بالأحكام يلجأ إليه في زماننا هذا، ولا يمكن الاستغناء عنه.

ويظهر هذا في المطالب التالية:

المطلب الأول: تعريف اللقيط وحكم الالتقاط

المطلب الثاني: أحكام الملتقط

المطلب الثالث: حقوق اللقيط

الأول: نسب اللقيط

الثاني: ديانة اللقيط وحريته وولاؤه

الثالث: نفقته وجنايته والجناية عليه

المطلب الأول: تعريف اللقيط وحكم التقاطه

الفرع الأول: تعريف اللقيط:

أولا: اللقيط: هو الملقوط فهو اسم على وزن فعيل بمعنى مفعول، مأخوذ من الفعل لقط بمعنى أخذ[1][2] ومنه قوله تعالى عن موسى عليه السلام: ﴿فَٱلۡتَقَطَهُۥٓ ءَالُ فِرۡعَوۡنَ لِيَكُونَ لَهُمۡ عَدُوّٗا وَحَزَنًاۗ﴾ [القصص: ٨].

الفرع الثاني: اصطلاحاً:

جاء في الفتاوى الهندية: (اسْمٌ لِحَيٍّ مَوْلُودٍ طَرَحَهُ أَهْلُهُ خَوْفًا مِنْ الْعَيْلَةِ أَوْ فِرَارًا مِنْ تُهْمَةِ الزِّنَا مُضَيِّعُهُ آثِمٌ وَمُحْرِزُهُ غَانِمٌ.)[٣]

جاء في مواهب الجليل:(طِفْلٌ ضَائِعٌ لَا كَافِلَ لَهُ سَوَاءٌ عُلِمَ نَسَبُهُ أَوْ لَمْ يُعْلَمْ) [٤]

وجاء في كفاية الأخيار: (كل صبي ضائع لَا كافل لَهُ وَلَا فرق بَين الْمُمَيز وَغَيره) [٥]

وجاء في الإنصاف: (هُوَ كُلُّ طِفْلٍ نُبِذَ، أَوْ ضَلَّ.) [٦]

المتأمل في التعريفات السابقة يجد أن اللقيط يتصف بما يلي:

١-أنه آدمي حي؛ فغير الآدمي، والآدمي الميت ليس بلقيط

---

(١) قال الرازي: ((لَقَطَ) الشَّيْءَ أَخَذَهُ مِنَ الْأَرْضِ مِنْ بَابِ نَصَرَ وَ (الْتَقَطَهُ) أَيْضًا) مختار الصحاح ص٢٨٤ مادة لقط.

(٢) وشرطه عند الفقهاء : أن يوجد من غير طلب : وَهُوَ فَعِيلٌ مِنَ اللَّقْطِ وَالِالْتِقَاطِ بِمَعْنَى مَفْعُولٍ، وَمَعْنَاهُ الْعُثُورُ عَلَى الشَّيْءِ مُصَادَفَةً مِنْ غَيْرِ طَلَبٍ وَلَا قَصْدٍ. ابن مودود: الاختيار ٣/ ٢٩.

(٣) النظام : الفتاوى الهندية٢/ ٢٨٥.

(٤) الحطاب : مواهب الجليل٦/ ٨٠.

(٥) الحصني: كفاية الأخيار ص٣١٩٥ .

(٦) المرداوي: الإنصاف٦/ ٤٣٢.

٢-أنه صغير يحتاج إلى حفظ أما العاقل البالغ؛ فليس بلقيط.

٣-أنه ضائع: أما الطفل غير الضائع؛ فلا يعد لقيطا.

٤-أنه لا كافل له؛ فإن علم له كافل فليس بلقيط.

٥-أنه لا يعلم نسبه فإن علم أبوه أو أهله؛ فيعاد إليهم ولا يعد لقيطا.

يستوي في الطفل أن يكون ذكرا أو أنثى، وكذلك يستوي في ذلك طريقة الضياع سواء طرحه أهله للفقر أو خوفا من العار أو ضاع من أهله.

فاللقيط هو آدمي حي صغير ضائع غير معلوم النسب ولا الكفيل بقطع النظر عن الذكورة والأنوثة وسبب الضياع.

والصبي الضائع له اسمان مأخوذان من طرفي حاله، فيسمى المنبوذ؛ أخذاً من نبذه وطرحه، ويسمى اللقيط أخذاً من لقْطه وأخذه.[1] ويسمى الضال لعدم معرفته أهله والدعي أيضا لعدم معرفة نسبه.

الفرع الثالث: حكم الإلتقاط:

ثلاثة جوانب تتعلق بأخذ اللقيط من مكانه:

الأول: حكم إلقاء الطفل ونبذه.

الثاني: حكم لقط الطفل بالنظر إلى مكان وجود اللقيط.

الثالث: حكم لقط الطفل بالنظر للاقط.

الجانب الأول: حكم إلقاء الطفل ونبذه:

يحرم نبذ الطفل وإلقاؤه أو طرحه؛ لأن ذلك يعرضه غالبا للجوع، والعطش

---

(١) الجويني: نهاية المطلب٨/ ٥٠٢بتصرف

والبرد أو الحر أو الافتراس من قبل الحيوانات المفترسة أو بيع أعضائه أو بيعه من تجار البشر، وهذا قتل لنفس معصومة، وقد تظافرت الأدلة على وجوب حفظ حياة الطفل وتحريم قتله ومنها:

١-قال تعالى على لسان إخوة يوسف عليه السلام: ﴿ٱقۡتُلُواْ يُوسُفَ أَوِ ٱطۡرَحُوهُ أَرۡضٗا يَخۡلُ لَكُمۡ وَجۡهُ أَبِيكُمۡ وَتَكُونُواْ مِنۢ بَعۡدِهِۦ قَوۡمٗا صَٰلِحِينَ ۝٩ قَالَ قَآئِلٞ مِّنۡهُمۡ لَا تَقۡتُلُواْ يُوسُفَ وَأَلۡقُوهُ فِي غَيَٰبَتِ ٱلۡجُبِّ يَلۡتَقِطۡهُ بَعۡضُ ٱلسَّيَّارَةِ إِن كُنتُمۡ فَٰعِلِينَ ۝١٠﴾ [يوسف: ٩ – ١٠].

وجه الاستدلال: قرنت الآية بين القتل والطرح من حيث النتيجة؛ وهي فقد الولد لأسرته وتسليمه للمجهول، والآية نص في الإلقاء سماه القرآن على لسان يعقوب تفريطا وسماه على لسان إخوة يوسف ذنبا وكلها أمور محرمة.

٢) قال تعالى: ﴿وَلَا تَقۡتُلُوٓاْ أَوۡلَٰدَكُم مِّنۡ إِمۡلَٰقٖ نَّحۡنُ نَرۡزُقُكُمۡ وَإِيَّاهُمۡۖ﴾ [الأنعام: ١٥١] والنهي في الآية يفيد التحريم ولم ترد قرينه تصرفه عنه.

٣) عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بن مسعود قَالَ: قُلْتُ يَا رَسُولَ اللَّهِ، أَيُّ الذَّنْبِ أَعْظَمُ؟ قَالَ: «أَنْ تَجْعَلَ لِلَّهِ نِدًّا وَهُوَ خَلَقَكَ» قُلْتُ: ثُمَّ أَيُّ؟ قَالَ: «أَنْ تَقْتُلَ وَلَدَكَ خَشْيَةَ أَنْ يَأْكُلَ مَعَكَ» قَالَ: ثُمَّ أَيُّ؟ قَالَ: «أَنْ تُزَانِيَ حَلِيلَةَ جَارِكَ» وَأَنْزَلَ اللَّهُ تَصْدِيقَ قَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ: ﴿وَٱلَّذِينَ لَا يَدۡعُونَ مَعَ ٱللَّهِ إِلَٰهًا ءَاخَرَ﴾ [الفرقان: ٦٨] الآيَةَ.(١)

وجه الاستدلال: جاء ترتيب ذنب قتل الولد من حيث الترتيب بعد ذنب الشرك بالله ، وهذا يدل على عظم حرمته.

الثاني: حكم لقط الطفل بالنظر إلى مكان وجود اللقيط :

قد يكون المكان مكان يخشى فيه الهلكة على اللقيط وقد يكون مكانا آمنا إلى

---

(١) البخاري: الصحيح ٨/ ٨كتاب الأدب باب قتل الولد خشية أن يأكل معه ح(٦٠٠١).

حين أن يجده ملتقطه.

أما حكم التقاط(أخذ) اللقيط في مكان الهلكة فواجب باتفاق الفقهاء [١] وحملوا أدلة مشروعية الالتقاط في هذه الحالة على الوجوب ولأن في عدم التقاطه هلاك له.

أما حكم التقاط(أخذ) اللقيط من مكان الأمن؛ فقد اختلف الفقهاء فيه على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أخذ اللقيط واجب وبه، قال ابن حزم لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ ۖ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ [المائدة: ٢]. وَلِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى: ﴿وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا﴾ [المائدة: ٣٢]. وَلَا إِثْمَ أَعْظَمَ مِنْ إِثْمِ مَنْ أَضَاعَ نَسَمَةً مَوْلُودَةً عَلَى الْإِسْلَامِ - صَغِيرَةً لَا ذَنْبَ لَهَا - حَتَّى تَمُوتَ جُوعًا وَبَرْدًا أَوْ تَأْكُلَهُ الْكِلَابُ هُوَ قَاتِلُ نَفْسٍ عَمْدًا بِلَا شَك [٢].

القول الثاني: أخذ اللقيط مندوب إليه وبه قال الحنفية [٣] واستدلوا بالأدلة نفسها وحملوها على الندب.

القول الثالث: فرض كفاية وبه قال المالكية[٤]والشافعية[٥] والحنابلة[٦].

لِقَوْلِهِ عَزَّ وَجَلَّ: ﴿وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا﴾ [المائدة: ٣٢]وَفِيهِ تَأْوِيلَانِ:

---

(١) السمرقندي: تحفة الفقهاء٣/ ٣٥٢، المواق: التاج والاكليل٨/ ٣٨١ .

(٢) ابن حزم: المحلى٧/ ١٣٢٢ .

(٣) البابرتي: العناية٦/ ١١٠٣ .

(٤) الخرشي: شرح مختصر خليل٧/ ١٣٠٤ .

(٥) النووي: المجموع١٥/ ٢٨٤٥ .

(٦) الزركشي: الشرح٤/ ٣٥١٦ .

أَحَدُهُمَا: أَنَّ عَلَى جَمِيعِ النَّاسِ شُكْرَهُ حَتَّى كَأَنَّهُ قَدْ أحياهم وَالثَّانِي: أَنَّهُ قَدْ نَابَ عَنْ جَمِيعِ النَّاسِ فِي إِحْيَائِهِ.

وَلِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَتَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلۡبِرِّ وَٱلتَّقۡوَىٰۖ﴾ [المائدة: ٢] وَلِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَٱفۡعَلُواْ ٱلۡخَيۡرَ﴾ [الحج: ٧٧] فَدَلَّتْ هَذِهِ الْآيَةُ عَلَى النَّدْبِ عَلَى أَخْذِهِ وَالتَّوَصُّلِ إِلَى حِرَاسَةِ نَفْسِهِ، وَقَدْ قَالَ تَعَالَى فِي قِصَّةِ مُوسَى ﷺ: ﴿فَٱلۡتَقَطَهُۥٓ ءَالُ فِرۡعَوۡنَ﴾ [القصص: ٨] طَلَبًا لِحِفْظِ نَفْسِهِ وَرَغْبَةً فِي ثَوَابِهِ.(١)

الثالث: حكم لقط الطفل بالنظر للاقط :

وهي الحالات السابقة ويضاف إليها: أنه يحرم على اللاقط أخذ الطفل الضائع إذا قصد بلقطه غير الحفظ كمن أخذه، وهو غير قادر على حفظه؛ أو أراد بيعه أو ارتكاب المعصية؛ لأن الشريعة شرعت الالتقاط لحفظ الصغير وحمايته فإذا لم يتحقق مقصودها بل ناقضه فقصده في المناقضة باطل كما قال الشاطبي(٢).

المطلب الثاني: أحكام الملتقط

الملتقط: (بكسر القاف) هو الشخص الذي وجد الطفل الضائع ويلزم بيان شروطه وواجباته وحقوقه

شروط الملتقط:

١-العقل والبلوغ فلا يصح الالتقاط من الصبي والمجنون .

٢-العدالة والرشد والإسلام عند الجمهور عدا الحنفية؛ فأجازوا التقاط الفاسق والسفيه والكافر للمسلم .

---

(١) الماوردي: الحاوي الكبير٨/ ٣٤١ .

(٢) الشاطبي: الموافقات٣/ ٢٨.

٣-القدرة على الحفظ: واشترط المالكية في المرأة أن تكون حرة خالية من الأزواج أو أذن لها زوجها، وثمرة هذه الشروط أن من لم يتصف بها فإن القاضي يؤخذه منه ولا يبقيه تحت يده.(١)

واجبات الملتقط:

١-الإشهاد على الالتقاط: يجب على الملتقط الإشهاد عند جمهور الفقهاء(٢) من أجل حفظ حريته ونسبه وقياساً على حكم الالتقاط نفسه وخوفاً من ضياع حقوق اللقيط.

٢-حفظ اللقيط وتربيته والعناية به.

٣-حفظ مال اللقيط.

٤-عدم رده إلى المكان الذي أخذه منه .

حقوق الملتقط:

ولقد كافأ الإسلام الملتقط على فعله هذا بالإضافة إلى الثواب والأجر والبركة بما يلي:

١- يعد اللاقط أحق الناس باللقيط وله أن يربيه وليس لأحد أخذه منه ما لم يقصر بواجباته.

٢- السفر باللقيط مسافة القصر، حيث منع الشافعية والحنابلة ذلك، وفي السفر من الحضر إلى البادية(٣).

---

(١) ابن عابدين: رد المحتار ٤/ ٢٦٩، القيرواني: الفواكه الدواني ٢/ ١٧٤، الغزالي: الوسيط٤/ ٢٨٣، الحصني : كفاية الأخيار ص٣٢٠، ابن النجار : منتهى الارادات٣/ ٣١٩

(٢) داماد أفندي: مجمع الأنهر ١/ ٧٠١، الدردير: الشرح الكبير ٤/ ١٢٦، الدميري : تحبير المختصر ٥/ ٤٧، ابن قدامة : المغني٦/ ١١٨، الجمل: حشية الجمل (فتوحات الوهاب)٣/ ٦١٣

(٣) الرافغي: العزيز ٦/ ٣٨٦، الماوردي: الحاوي الكبير ٨/ ٤٧، الأنصاري: أسنى المطالب٢/ ٤٩٦، الخرقي: المختصر ص٨٣، ابن مفلح: المبدع٥/ ١٣٨

ولا يحق للملتقط تبني الملتقط لتحريم الإسلام التبني ولا إرثه لأنه ليس من الورثة.

المطلب الثالث: حقوق اللقيط

الأول: نسب اللقيط، الثاني: ديانة اللقيط وحريته وولاؤه، الثالث: نفقته وجنايته والجناية عليه اللقيط كأي آدمي يتمتع بحقوق أي طفل وله أيضاً حقوق خاصة منها النسب والدين والحرية والنفقة وفيما يلي بيان لعدد منها:

الأول: نسب اللقيط الحي:

اللقيط مجهول النسب ويعطى اسما لكن لا ينسب إلى ملتقطه فإن ادعى أحد نسب هذا الصغير فإما أن يكون مسلما أو كافرا رجلا أو أنثى:

-فإن ادعاه مسلم ألحق به بإجماع الفقهاء[١] إذا كان يولد لمثله ، لما فيه من مصلحة للصغير ولا مضرة على غيره.واختلفوا في اشتراط البينة على هذه الدعوى فعند الجمهور تقبل بلا بينة وعند المالكية لا تقبل هذه الدعوى إلا ببينة[٢].

-وإن ادعاه كافر وله بينة فيلحق نسبه به على الرأي الراجح[٣].

-وإن ادعت نسبه امرأة فإما أن تكون ذات زوج حقيقة أو حكما؛ فيشترط لقبول دعواها بأن يصدقها زوجها أو القابلة أو رجل أو امرأة مقبولة الشهادة فيثبت نسب اللقيط لزوجها أبا ولها أما. وأما إذا أدعت بأن اللقيط ابنها من غير زوجها الحق بها وهذا رأي الحنفية ولا تقبل دعواها عند المالكية وللشافعية والحنابلة

---

(١) ابن عابدين: رد المحتار٤/ ٢٧١، ابن مازة: المحيط البرهاني٥/ ٤٢٨، الجويني: نهاية المطلب٥/ ٥٤٧، ابن قدامة: المغني٦/ ١٢٣١ .

(٢) المراجع السابقة.

(٣) الجويني: نهاية المطلب٨/ ٥٣٢، البغوي: التهذيب٤/ ٥٧٦

تفصيل في المسألة [١].

وإذا تعدد مدعي نسب اللقيط فيرجح جانب أحدهم على النحو الآتي:

١-من له بينة على الدعوى المجردة من البينة، فإذا تساوت البينات يحكم به لهما عند أبي حنيفة .

٢- صاحب اليد وهو الملتقط إذا لم توجد بينه للآخر من يصف علامة في جسد اللقيط على من لا يصفها[٢].

الثاني: ديانة اللقيط وحريته وولاؤه:

دين اللقيط:

يحكم له بالدين تبعاً للدار أي للمكان الذي وجد فيه أو لدين ملتقطه لأنه صغير لا يتصور منه اتباع دين معين، وبناء على اعتبارنا الدار فإن:

١-من وجد في بلاد المسلمين فهو مسلم اجماعا ما لم يثبت العكس تغليبا للدار وكذا إذا وجد مسلم في المواضع الخاصة بالمسلمين كالمساجد.

٢-ومن وجد في بلاد الكفار حكم بكفره اجماعا ما يثبت العكس[٣] وكذا إذا وجده كافر في المواضع الخاصة بهم كالكنائس.

وإذا اعتبارنا اللاقط (الملتقط)فإن كان:

١-المسلم الذي يجد لقيطا في بلاد الكفار أو الأماكن الخاصة بهم.

---

(١) انظر: ابن عابدين: رد المحتار٤/ ٢٧٢، القرافي: الذخيرة٩/ ١٣٥، الجويني: نهاية المطلب٨/ ٥٥٣ السبيل: أحكام الطفل اللقيط ص١١٣.

(٢) انظر: ابن مازة: المحيط البرهاني٥/ ٤٢٧، البابرتي: العناية ٦/ ١١٢، ابن عابدين: رد المحتار٤/ ٢٧٢ ، زيدان : اللقيط، ضمن كتاب مجموعة بحوث فقهية٣٧٢-٣٧٣.

(٣) البهوتي: كشاف القناع٤/ ٢٢٧.

٢-الكافر الذي يجد لقيطاً في بلاد المسلمين أو الأماكن الخاصة بهم.

القول الأول: الحكم بإسلام اللقيط في الحالين تغليباً للإسلام[١].

القول الثاني: فالعبرة للمكان فمن وجد في بلاد المسلمين مسلم ومن وجد في بلاد الكفار يحكم بكفره.

القول الثالث: العبرة للملتقط(الواجد) فمن وجده مسلم حكم بإسلامه ومن وجده كافر حكم بكفره.

القول الرابع: العبرة في الحالين بالزي والعلامة فمن كان على زي المسلمين وعلامتهم فمسلم ومن كان على زي الكفار وعلامتهم فكافر[٢].

حرية اللقيط وولاؤه:

يحكم بحرية اللقيط لأنها الأصل ولا ولاء عليه[٣].

والولاية على للحاكم ولا ولاية عليه لأحد لا في نفس ولا في مال.

الثالث: نفقة اللقيط وجنايته والجناية عليه:

النفقة على اللقيط من ماله الذي يوجد معه عند جمهور الفقهاء[٤] واشترط الشافعية إذن الحاكم[٥] فإن لم يوجد معه مال فنفقته على بيت مال المسلمين

(١) السبيل : أحكام الطفل اللقيط ص٢٠٣.

(٢) السبيل : أحكام الطفل اللقيط ص٢٠٣.

(٣) الكاساني: بدائع الصنائع ٦/ ١٩٧ ، ابن رشد: بداية المجتهد٤/ ٩٣، الشافعي: الأم٤/ ٧٣، ابن قدامة: المغني ٦/ ١١٧٣ .

(٤) السرخسي: المبسوط١٠/ ٢١٠، التتائي: جواهر الدرر٧/ ١٦٥، الدردير: الشرح الصغيرومعه بلغة السالك ٢/ ٣٢٧، العمراني: البيان١٥/ ٢٨٧، البهوتي : شرح منتهى الارادات٢/ ٣٨٨

(٥) أبو زرعة : تحرير الفتاوى ٢/ ٣٧٧، العمراني: البيان١٥/ ٢٨٨

بإتفاق الفقهاء[١] وإذا أنفق عليه الملتقط (الواجد) فإنه يرجع على الحاكم في المطالبة بما أنفق إذا كان فعل ذلك بإذنه عند جمهور الفقهاء[٢] عدا مالك فإنه يرى أن الملتقط ليس له الرجوع على الحاكم ويكون فعله حسبة لله تعالى إلا إذا نوى الرجوع[٣].

أما جناية اللقيط التي تتحملها العاقلة فمن بيت مال المسلمين وجناياته الأخرى يعاقب بها كغيره [٤] والجناية على اللقيط فما يجب فيها من مال فلبيت مال المسلمين[٥].

---

(١) السرخسي: المبسوط١٠/ ٢١٠، أبو زرعة: تحرير الفتاوى ٢/ ٣٧٧، البهوتي: شرح منتهى الارادات ٢/ ٣٨٨

(٢) انظر: السرخسي: المبسوط١٠/ ٢١٠، أبو زرعة: تحرير الفتاوى ٢/ ٣٧٧، البهوتي: شرح منتهى الارادات ٢/ ٣٨٨١

(٣) الرجراجي: مناهج التحصيل٩/ ٨٠، التتائي: جواهر الدرر٧/ ١٦٥

(٤) الشيباني: الأصل ٥/ ٢٤٣، الزيلعي: تبيين الحقائق٣/ ٢٩٨، السغدي: النتف٢/ ٥٩٨، مالك: المدونة ٢/ ٥٧٧، القرافي: الذخيرة٩/ ١٣٦، الجويني : نهاية المطلب ٨/ ٥٣٦، ابن قدامة : المغني٦/ ١١٤.

(٥) السمرقندي تحفة الفقهاء٣/ ٣٥٢، الشافعي: الأم٦/ ١٢٦، مالك: المدونة٢/ ٥٧٧، القرافي: الذخيرة ٩/ ١٣٦، الجويني : نهاية المطلب ٨/ ٥٣٦، ابن قدامة : المغني٦/ ١١٤.

الخاتمة

بحمد الله تعالى وتوفيقه أعاننا الله تعالى على إتمام التأليف في مباحث عقود المعاملات المالية المقررة على طلبة كليات الشريعة والدراسات الاسلامية في مرحلة البكالوريوس، حيث تناولنا في الكتاب الاول فقه عقود المعاوضات والتوثيقات وما عليه العمل في القانون، وتناولنا في الكتاب الثاني فقه عقود المشاركات والتبرعات وما عليه العمل في القانون.

ونطلب من القرّاء الكرام عموماً، وأساتذة فقه المعاملات المالية على وجه الخصوص تزويدنا بملحوظاتهم وتوجيهاتهم؛ وذلك لأخذها بعين الاعتبار في الطبعات القادمة للكتاب.

ونسأل الله تعالى القبول والتوفيق

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

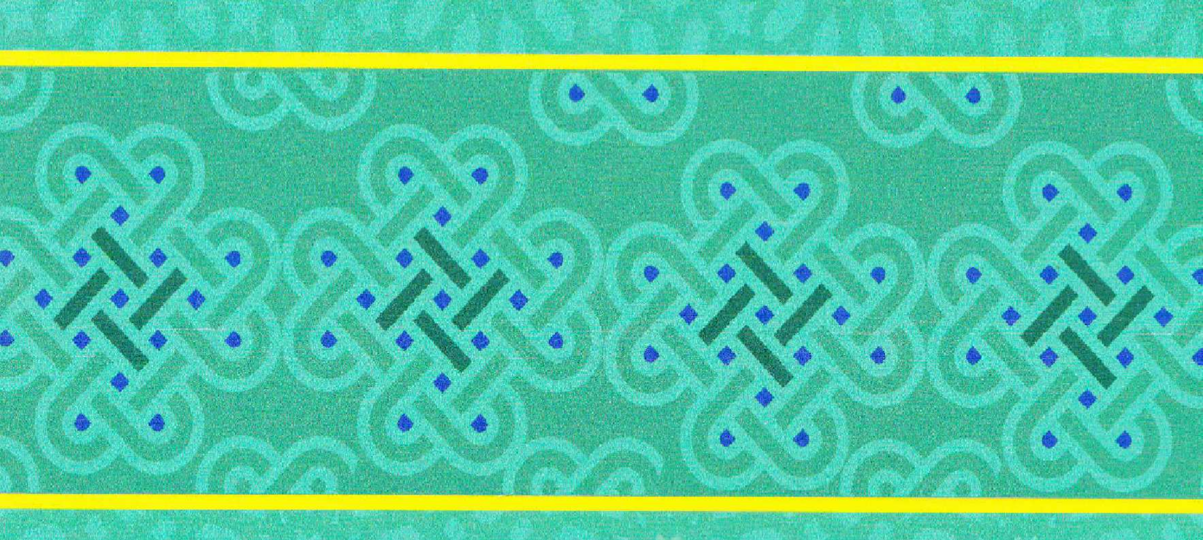
المؤلفون



الفهرس


رفع
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com


رفع
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com




9 789957 803315


دار النفائس
للنشر والتوزيع - الأردن